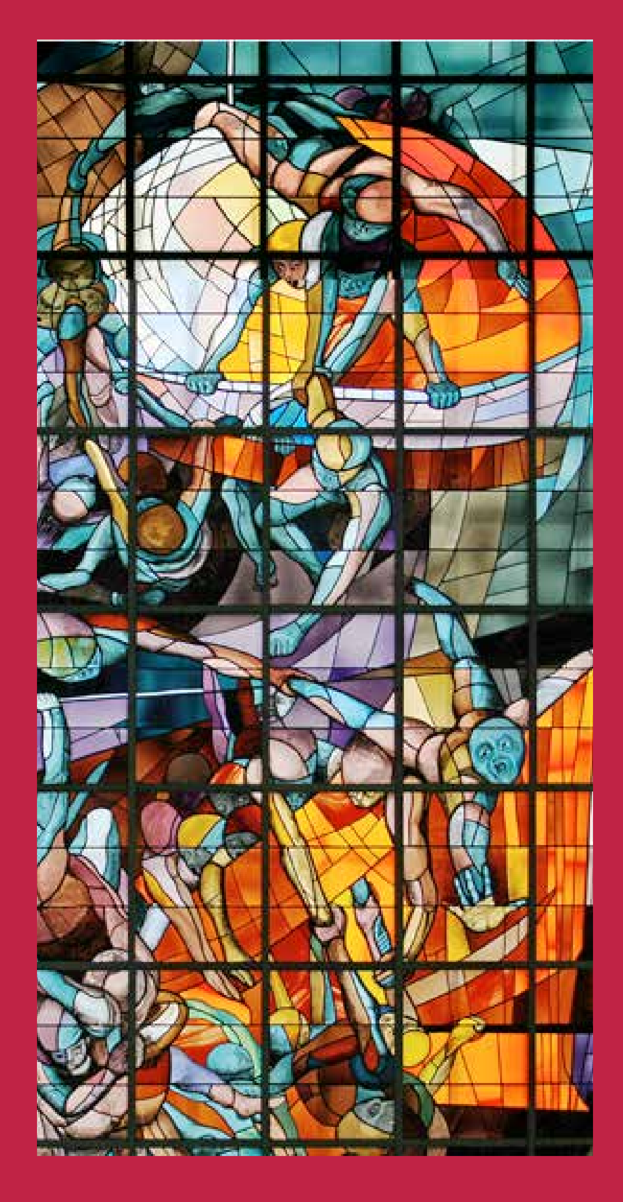
José Peña Solis

Abogado Suma Cum Laude, Doctor en Derecho
y Profesor Títular de la Univesidad Central de Venezuela



MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ADAPTADO A LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y A LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE 2001

Volumen Segundo

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº5
Caracas / Venezuela / 2001

José Peña Solís
Abogado summa cum laude, Doctor en Derecho y
Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001

Volumen Segundo

5

Colección de Estudios Jurídicos
Tribunal Supremo de Justicia
Caracas/Venezuela/2001

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por la autora

Colección de Estudios Jurídicos Nº 5 - Volumen Segundo
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Deposito Legal lf:
ISBN:

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal
y *Presidente de la Sala*
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Rafael Pérez Perdomo
Presidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal y
Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

PALABRAS PRELIMINARES

La Constitución de 1999 –al crear dos nuevos poderes en el ámbito nacional– transformó, profundamente, la organización del Poder Público, pues exigió reorganizar los ya existentes y establecer los lineamientos fundamentales de los nuevos (Ciudadano y Electoral).

Ejemplo de lo expuesto –y se ha señalado en múltiples ocasiones– es el nuevo rol de este Alto Tribunal pues, además de la función jurisdiccional, le ha sido encomendada la administrativa, mediante la cual le corresponde el gobierno y la administración del Poder Judicial. En ejercicio de éstas, se ha visto en la necesidad de crear programas y actividades académicas tendentes a incrementar los conocimientos de quienes conforman el sistema judicial. Como consecuencia, en el año 2000 se creó la Colección de Estudios Jurídicos, cuyo número 1 difundió el Manual de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999, Volumen Primero, del para la época Magistrado José Peña Solís. La edición –agotada en pocos meses– circula una primera reimpresión desde marzo del presente año.

Las disposiciones constitucionales, obviamente, incidieron con más fuerza en el Poder Ejecutivo que, como es sabido, abarca orgánicamente las funciones administrativa y de gobierno, al punto de que la potestad organizadora, en los casos indicados en dichas disposiciones –materia de reserva legal en Constituciones anteriores– se transfirió al Presidente de la República, con lo cual se modificó el sistema existente con miras a flexibilizar y optimar la Administración Pública, entendida como organización al servicio de los ciudadanos.

El segundo volumen del **Manual de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001,** del profesor doctor José Peña Solís, actualmente Magistrado Emérito, que hoy se entrega a la comunidad jurídica, contiene un exhaustivo estudio sobre la organización de la Administración Pública Nacional, caracterizado por su profundidad y actualidad desde los puntos de vista doctrinario y normativo, pues examina no sólo los preceptos constitucionales sino los de la novísima Ley Orgánica de la Administración Pública, promulgada el 17 de octubre del año en curso, que desarrollan las aludidas previsiones constitucionales. A la luz de la doctrina, particularmente la extranjera, y de nuestro derecho positivo, el autor nos pasea –en lenguaje accesible a abogados y estudiantes de derecho– por temas áridos, pero fundamentales en el campo jurídico, tales como las Personas Jurídicas de Derecho Público, las Fórmulas Organizativas, o Principios Jurídicos de la Organización Administrativa y la Administración Central.

Esta obra –sin duda alguna– será de extraordinaria utilidad no sólo por la inexistencia en nuestro país de un trabajo sistemático sobre la organización administrativa sino porque formula tesis interpretativas que invitan al debate serio sobre materias esenciales en la construcción de una parte del marco teórico del Derecho Público venezolano, el cual constituye, indudablemente, un elemento fundamental en la actividad sentenciadora de los jueces de la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa.

Se espera que este segundo volumen del **Manual de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001,** del profesor doctor José Peña Solís, sea recibido con el interés que merece por la comunidad nacional, por constituir una importante contribución para el enriquecimiento del Derecho Público nacional.

Caracas, 25 de octubre de 2001

Iván Rincón Urdaneta

PRÓLOGO A LA PRIMERA REIMPRESIÓN

Sin dudas que en los tiempos que corren, caracterizados por una situación denominada por la doctrina alemana “motorización legislativa”, escribir sobre materia jurídica, más aún si es en el área del Derecho Administrativo, constituye casi una aventura, pues se corre el riesgo que de un solo plumazo el legislador parlamentario, o el “legislador ejecutivo”, supriman, o en el mejor de los casos, modifiquen estructuralmente todo un sector normativo, originando de esa manera una “obsolescencia sobrevenida” de la doctrina construida sobre la base del examen de ese sector, recogida en el correspondiente libro. Debo dejar constancia que, en mi caso, la consecuencia de ese riesgo está constituida por la eventual pérdida del enorme esfuerzo que comporta la publicación de un libro de texto. En mi carácter de divulgador del Derecho Administrativo, derivado de mi condición esencialmente docente, en los últimos dos años he logrado publicar dos volúmenes del Manual de Derecho Administrativo, contando con la suerte de haber tenido una gran recepción por parte del público lector, fundamentalmente universitario, pues del primer volumen se produjo una primera reimpresión seis meses después de la primera edición, y ya está en imprenta la segunda reimpresión. El segundo volumen fue puesto a la venta a finales de enero de este año, y ya se agotó. Por esa razón el Doctor Fernando Parra, editor del Tribunal Supremo de Justicia, me solicitó autorización para hacer esta primera reimpresión.

Debo confesar que hubiese preferido una segunda edición de ambos volúmenes, pues ello me habría permitido hacer las modificaciones más importantes originadas en algunos nuevos –pocos en este caso– textos normativos. De todas maneras, sin ánimo de excusarme, creo conveniente señalar que por tratarse de un Manual de Derecho Administrativo General, la incidencia de las leyes especiales en las tesis recogidas en el mismo es muy reducida. Aun más, esas tesis encuentran su base fundamental en el

Derecho Comparado y en la Constitución de 1999. Precisando más el asunto en lo tocante a este Volumen, destinado a estudiar las fórmulas organizativas, así como la organización administrativa de la Administración Central Nacional, cabe señalar que la base normativa del mismo reside en la novísima Ley Orgánica de la Administración Pública de octubre de 2001, y en el texto constitucional; de allí que pese a mi deseo de hacer una nueva edición, no tengo ningún temor de predicar la todavía actualización del texto.

Por otro lado, creo que la reimpresión está justificada, pues me he enterado que en la Universidad Central de Venezuela, en vista del agotamiento del libro, algunas personas se han dedicado a fotocopiarlo y a venderlo. Sin que esto me cause ninguna perturbación, creo que la única forma de ponerle fin a esa actividad, es sacando nuevamente el libro al mercado, pues reitero que la única exigencia que suelo formular a las entidades –siempre públicas– que han publicado mis libros, es que sean vendidos a un precio accesible, sobre todo a los estudiantes. Hasta ahora la fórmula ha funcionado, y los distintos editores públicos han cumplido la exigencia, y espero sigan cumpliéndola, en virtud de que como he dicho otras veces, hasta ahora nunca he obtenido ningún beneficio económico por la venta de mis libros, pues mi satisfacción radica única y exclusivamente en que sean leídos, por supuesto discutidos y criticados, por la mayor cantidad de personas posibles, sobre todo por los estudiantes y los jóvenes profesionales del Derecho.

Finalmente, debo anunciar que apenas estoy comenzando a escribir el tercer volumen del Manual, cuyo contenido tuve que cambiar, debido a la reciente modificación del Programa de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela (base del Manual), lo que me ha obligado a redimensionar el plan de trabajo que originalmente había diseñado para dedicarme a examinar el Derecho Público de la Economía. Espero contar con la fuerza de voluntad suficiente para producir un trabajo que tenga la misma aceptación que los anteriores, pues reitero que para mí resulta sumamente difícil escribir, pero esa recepción entusiasta del público lector antes identificado, constituye un estímulo formidable para la superación de esa dificultad.

Caracas, 19 de mayo de 2002

TABLA DE CONTENIDO

"iter" del precepto constitucional. 10.6.3.5.2. Los parámetros configuradores de la modalidad de descentralización "latus sensu" delineada en el artículo 165 constitucional. 10.6.3.5.3. El concepto de descentralización reflejado en el encabezamiento del precepto constitucional. 10.6.3.5.4. La dificultad mayor para iniciar el proceso de descentralización "latus sensu": Inexistencia de una disposición constitucional expresa o implícita que permita determinar las materias objeto de competencias concurrentes del Poder Nacional y los Estados. 10.6.3.5.5. Las leyes de bases y las leyes de desarrollo como expresión de la potestad compartida de la potestad legislativa, que sirve de fundamento a la modalidad de descentralización, derivada de la consagración de las competencias concurrentes entre el Poder Nacional y los Estados. 10.6.3.5.5.1. Premisa introductoria. 10.6.3.5.5.2. Breve referencia a las leyes de bases y a las leyes de desarrollo en la Constitución Española de 1978, reguladoras de las competencias concurrentes del Estado y las Comunidades Autónomas. 10.6.3.5.5.3. **Aproximación a las leyes de bases y de desarrollo en Venezuela, conceptuadas como presupuesto de la descentralización territorial *"latus sensu".*** 10.6.3.5.5.4. La exigencia constitucional de que las leyes de bases y de desarrollo estén orientadas por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad. 10.6.3.5.5.4.1. De las competencias concurrentes reguladas por "convenios" a su regulación mediante leyes de bases y de desarrollo. 10.6.3.5.5.4.2. La dificultad de orientar las leyes de bases y de desarrollo por los principios de la interdependencia, la cooperación, la coordinación, la corresponsabilidad y la subsidiariedad. 10.6.3.6. **La descentralización de los Estados a los Municipios.** 10.6.3.6.1. Premisa Introductoria (la descentralización "strictus sensu"). 10.6.3.6.2. La descentralización "latus sensu" (análisis del precepto constitucional). 10.6.3.6.3. Requisitos que condicionan la descentralización "latus sensu" de los Estados a los Municipios. 10.6.3.6.4. La regulación de los mecanismos mediante los cuales se debe

tornar efectiva esta modalidad de descentralización de los Estados a los Municipios. 10.6.3.6.5. La "descentralización" de los Estados y Municipios a las comunidades y grupos vecinales. 10.6.3.6.6. **La descentralización territorial en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.** 10.7. **La autonomía**. 10.7.1. El concepto de autonomía (relatividad histórica y conceptual). 10.7.2. La autonomía política y normativa. 10.7.3. Las otras clases de autonomía. 10.7.4. La autonomía en el ordenamiento jurídico venezolano. 10.8. **La jerarquía.** 10.8.1. Perfil histórico. 10.8.2. Noción conceptual. 10.8.3. Poderes que caracterizan a la relación de jerarquía administrativa. 10.8.4. La crisis del concepto de jerarquía. 10.8.5. Exclusión de ciertos órganos subordinados del ejercicio de los poderes que caracterizan a la relación de jerarquía. 10.8.6. La fórmula organizativa de la jerarquía en la Administración Pública Venezolana. 10.8.6.1. La regulación normativa. 10.8.6.2. Poderes en que se desagrega el poder jerárquico en la Administración Pública venezolana (Efectos de la jerarquía). 10.8.7. La subordinación como expresión emblemática de la relación de jerarquía. 10.8.8. La obediencia debida en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP) y su eventual colisión con el artículo 25 de la Constitución. 10.8.9. El principio de jerarquía y la excepción a la obediencia debida en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001. 10.9. **El control (especial referencia al ejercido sobre los entes descentralizados funcionalmente).** 10.9.1. El control. Noción conceptual. 10.9.2. Clases de control (parlamentario judicial y administrativo). 10.9.3. El control de adscripción. 10.9.3.1. Premisa introductoria (el control de tutela como una especie del control de adscripción). 10.9.3.2. El control de tutela. 10.9.3.2.1. Marco conceptual. 10.9.3.2.2. El control de tutela en Venezuela hasta el año 2001. 10.9.3.2.3. El control de adscripción en la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en septiembre de 2001. 10.9.3.2.4. Diferencias entre el control de tutela y el control jerárquico. 10.9.3.3. Los controles accionarios y estatu-

INTRODUCCIÓN

Como ser humano y como docente hoy, después de nueve meses de haber trabajado casi a dedicación exclusiva en la redacción de este segundo volumen del Manual de Derecho Administrativo, me siento muy complacido, porque he cumplido la promesa que formulé en el mes de noviembre de 2000 en la oportunidad en que se realizó el bautizo del primer volumen. Espero contar con la suerte de que el público, sobre todo el universitario, lo acepte con la misma benevolencia con que recibió el mencionado primer volumen, cuya primera reimpresión está casi agotada. Sin dudas que esa aceptación incidió de manera relevante en mi dedicación al trabajo, porque para mí escribir es una tarea sumamente difícil, que implica muchísimas horas de estudio y reflexión tanto sobre las fuentes del Derecho nacionales y extranjeras, como sobre la realidad venezolana disciplinada por dichas fuentes, la cual realizo, como lo he sostenido siempre, con la finalidad de contribuir a difundir el marco teórico del Derecho Público venezolano, pero por supuesto que esa difusión está en función del número y de la calidad de los lectores. En otras palabras, la aceptación del primer volumen por parte del público me ha "retroalimentado" mi espíritu de divulgador - que no de jurista- de la mencionada rama del Derecho

Pues bien, en este segundo volumen pretendo continuar estudiando los principios fundamentales del Derecho Administrativo General, en una parte olvidada inclusive por la doctrina extranjera hasta mediados

del siglo XX, y por la doctrina nacional prácticamente hasta ahora. Se trata del estudio de la organización de la Administración Pública, cuyos postulados básicos radican en las construcciones conceptuales concernientes a los entes públicos, a la teoría del órgano, a las fórmulas organizativas o principios jurídicos de la organización administrativa, cuyos basamentos operacionales aparecen recogidos en las normas de Derecho positivo, y en la jurisprudencia de los tribunales.

En el caso venezolano a pesar de la importancia que reviste la materia, las construcciones teóricas resultan prácticamente inexistentes, pues salvo tres o cuatro monografías publicadas por profesores universitarios en la década del 70, por supuesto desfasadas actualmente, la revisión de la literatura no arroja otro resultado, pese a que la sanción de la Ley Orgánica de la Administración Central en 1976, modificada en sucesivas ocasiones hasta 1999, mediante Decreto ley, imponía el estudio de algunas de las pocas figuras organizativas consagradas en ese texto legislativo. Es preciso subrayar que después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, esta parte del Derecho Administrativo, también casi olvidada por la mayoría de los profesores de Derecho Administrativo, quienes suelen hacer un "pasaje rasante" por los temas que la conforman, adquiere mucha más importancia, en primer lugar, porque el referido texto constitucional rompe abruptamente con el principio de reserva legal en materia de potestad organizativa, al conferírsela en forma exclusiva y excluyente, en lo tocante a los órganos administrativos, al Presidente de la República; en segundo lugar, porque el texto constitucional erige a Venezuela en un Estado Federal **descentralizado**; y en tercer lugar, porque conforme a esa Forma de Estado la descentralización territorial pasa a jugar un papel de primer orden en el funcionamiento de las Administraciones Públicas territoriales o funcionales; y en cuarto lugar, porque explícita o implícitamente la Constitución privilegia fórmulas organizativas como la descentralización funcional, la autonomía, la colegialidad, la coordinación, la desconcentración, la delegación, etc.

Por otro lado, la Asamblea Nacional termina de sancionar en el mes de septiembre de este año en "forma silenciosa", tanto a nivel de opinión pública como del propio Parlamento, una de las leyes más importantes y trascendentes del país: la Ley Orgánica de la Administración Pública, la cual está dedicada a regular a la Administración Pública Nacional, de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios, en sus ramas Central y Descentralizada, partiendo de la base de la consagración de casi todas las fórmulas organizativas conocidas en el Derecho Comparado, inclusive algunas desconocidas como la "delegación de gestión". Al mismo tiempo atendiendo a lo preceptuado en el artículo 236, numeral 20, de la Constitución, pretende sentar los lineamientos y configurar los parámetros a los cuales deberá sujetarse el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad organizativa, e igualmente disciplina en términos generales a la Administración Descentralizada funcionalmente (Institutos Autónomos, empresas del Estado, Asociaciones Civiles y Fundaciones del Estado), y traza el diseño de la estructura organizativa de la Administración Central, mediante la creación de órganos superiores activos, órganos superiores de consulta, y otra categoría de órganos. En fin, además de ser un texto legislativo exigido expresamente por la Constitución de 1999, es un instrumento que llena un gran vacío normativo existente desde hace mucho tiempo en el país.

Sin embargo, pese a la importancia política y sobre todo técnico jurídica de la mencionada ley, cabe reiterar que la misma resultó sancionada sin participación de la comunidad, al punto que ni si quiera actores fundamentales como los Estados y los Municipios fueron tomados en cuenta formalmente, y mucho menos se debatió el proyecto a nivel regional. Tampoco fue realmente debatido en el seno de la Asamblea, pues presentado el Proyecto en junio de 2001, resultó aprobado en primera discusión, sin ningún debate, produciéndose la segunda discusión el 23 de agosto de 2001, en la cual participaron aproximadamente ocho Diputados para proponer modificaciones, en su gran mayoría de carácter formal, todas las cuales resultaron aprobadas sin debate y por unanimidad.

Pues bien, en este segundo Volumen realizo en la forma más exhaustiva que me resultó posible el examen de la organización administrativa venezolana, razón por la cual decidí estructurarlo en cuatro capítulos, a saber: **La Administración en sentido orgánico. Teoría del órgano(I)**, **Las personas jurídicas públicas. Las personas jurídicas estatales(II)**, **Los principios generales de la organización administrativa(III)**; y **La Administración Central(IV)**. Debo confesar que he puesto toda mi experiencia docente para tratar de que la exposición, sin sacrificar el aspecto técnico jurídico, resulte lo más sencilla posible, porque reconozco que la materia es un poco compleja, sobre todo a nivel teórico. En todo caso, debo advertir que la finalidad didáctica del libro, no me ha impedido esbozar tesis, que como siempre someto al debate académico con la esperanza de que el mismo sea fructífero, y redunde en beneficio del Derecho Público venezolano.

Estimo necesario señalar que pienso concluir el estudio de la parte general del Derecho Administrativo, con la elaboración de un tercer volumen que estará dedicado fundamentalmente a la denominada Administración Económica, o en otros países Derecho Público de la Economía, que a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, así como de un conjunto de leyes que han sido y serán sancionadas para el desarrollo de los preceptos constitucionales (Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, del Banco Central de Venezuela, de Bancos, etc), ha variado de una manera sustancial. Espero contar con la salud y la disciplina necesarias para concluir el proyecto en el año 2002.

Finalmente, dedico este libro a los estudiantes, que como siempre constituyen el semillero de los sueños de justicia y libertad, a los abogados comprometidos con valores esenciales del ser humano, como dignidad, **lealtad**, y solidaridad, y a los jueces que para dictar sentencia sólo tienen como límites su formación intelectual y su conciencia.

Caracas, 30 de septiembre de 2001

CAPÍTULO VIII

LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS
LAS PERSONAS JURÍDICAS ESTATALES
LAS FORMAS JURÍDICAS

8.1. **Una necesaria introducción al tema.** Fiel a nuestro propósito original de respetar el programa de Derecho Administrativo I de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, abordamos el estudio del presente tema en el orden en que aparece en dicho programa, lo que no deja de suscitar ciertas dificultades lógicas y didácticas, pues el encuadramiento de las personas jurídicas en el marco del Derecho Público, y más concretamente del Derecho Administrativo, supone el examen previo de las nociones básicas de la teoría de la organización, o mejor de la organización administrativa, en virtud de que los entes públicos, a partir del nacimiento del Estado conforman el tejido medular de la Administración Pública. Sin embargo, en el aludido programa de estudio ese tema (**los principios jurídicos de la organización administrativa)**, aparece después de los correspondientes a las personas jurídicas públicas y a la teoría del órgano.

Por lo tanto, sin sacrificar el orden programático, pero constreñidos por el carácter esencialmente didáctico del libro, nos referiremos muy

sucintamente a esas nociones derivadas del carácter jurídico que la doctrina moderna le atribuye a las normas organizativas, superando de esa manera la tesis dominante, no muy lejana en el tiempo, que postulaba su carencia de importancia jurídica. Por otra parte, es necesario resaltar que desde su concepción original el tema de las personas jurídicas públicas hasta la actualidad ha suscitado y suscita múltiples debates, al punto que una corriente de la doctrina ha llegado a sostener la inutilidad de la búsqueda de una noción unitaria de dicha figura.

8.2. **El planteamiento de orden conceptual relativo a la relevancia jurídica de la organización administrativa.**

8.2.1. **La superación de la tesis acerca de la irrelevancia jurídica de las relaciones organizativas.** La doctrina italiana (GIANNINI, 1991) y la española (ORTEGA ÁLVAREZ, 1992), señalan que durante mucho tiempo, debido al peso de la tradición iusprivatista, predominó la tesis de que las relaciones organizativas que se configuraban en una misma persona jurídica carecían de relevancia jurídica, en virtud de que la norma jurídica tenía como objeto único disciplinar a las relaciones intersubjetivas, excluyendo, o mejor dicho, no incidiendo, por tal razón, sobre relaciones organizativas. Es en este siglo cuando se pone en evidencia el carácter jurídico de las reglas organizativas, al punto de que el último de los citados autores señala que llegan a constituirse en “el presupuesto de las propias normas, pues delimitan la persona jurídica que crea dichas normas. Igualmente son las que determinan la capacidad jurídica de actuar de quien se manifiesta en nombre de dicha persona y ordenan el proceso de formación de la voluntad institucional de los entes. También se observó su capacidad para explicar los mecanismos de imputación de la actuación de un individuo a la responsabilidad patrimonial de un ente y para resolver los problemas de funcionamiento interno de una persona jurídica y de la relación que media con sus agentes en la concreción de los derechos subjetivos de estos últimos”.

Debemos añadir que en la exclusión del carácter jurídico de las normas organizativas, y en definitiva en el soslayamiento del estudio de la organización administrativa durante mucho tiempo por el Derecho Administrativo, jugaron papeles relevantes varias circunstancias, entre las cuales cabe mencionar las siguientes: la concepción prevaleciente en el mundo europeo acerca del carácter garantista del Derecho Administrativo, tanto de los derechos de los ciudadanos como de los privilegios de la Administración, en virtud de haber tenido su origen en el marco de las revoluciones liberales burgueses, lo que a su vez condujo a que la Administración Pública estuviese, tanto estructural como funcionalmente, presidida por el principio de la no intervención, siendo más bien, por esa razón, como sostiene la doctrina italiana, más una Administración conflictiva en sus relaciones con los administrados, que prestadora de servicios, como va a suceder posteriormente.

De allí entonces que resulte explicable el peso que adquirían las relaciones intersubjetivas, en la definición por parte de los estudiosos del Derecho Administrativo, del ámbito de los derechos que debían ser tutelados a los ciudadanos cuando se relacionaban con la Administración, así como también el ámbito de las prerrogativas de la misma, y al mismo tiempo el olvido de las relaciones que se producían en el seno de la organización, reguladas por normas (organizativas), la cuales como no disciplinaban relaciones intersubjetivas eran consideradas irrelevantes, o carentes de transcendencia jurídica. Por lo tanto, esta circunstancia histórica académica vinculada a la concepción del Derecho Administrativo, sin dudas que contribuyó a la fundamentación de la tesis que predicaba la exclusión del carácter jurídico de las normas organizativas, y por ende, de las relaciones organizativas que se configuraban en el seno de la Administración Pública.

Por otro lado, cabe agregar que cuando se estudiaban esas relaciones disciplinadas por normas organizativas eran consideradas como expresiones de los “interna corporis”, es decir, que su relevancia estaba restringida al seno de la Administración Pública, razón por la cual con-

cluían que al no vincular sujetos carecían de efectos jurídicos, privilegiándose de esa manera únicamente las situaciones en que la Administración se relacionaba con los interesados. Igualmente bajo la influencia de la mencionada concepción del Derecho Administrativo otros autores al referirse a las normas relativas a la Administración las distinguían entre normas de relación y normas de acción, pues las primeras regulaban las relaciones entre la Administración y los administrados, es decir relaciones intersubjetivas, y las segundas la actividad que realizaba la Administración en su propio seno, es decir, a lo sumo relaciones intraorgánicas o interorgánicas. De modo, pues, que los autores que sostenían las aludidas tesis no lograban establecer ningún tipo de relación entre la organización administrativa y la administración activa, y mucho menos llegaban a admitir el efecto externo (sobre terceros) de las normas organizativas, lo que va a ocurrir, como sostiene CASESSE (1994), como resultado de un proceso lento y gradual, que sólo va a encontrar respaldo doctrinario y jurisprudencial, como se expresó anteriormente, a principios del Siglo XX.

En suma, una vez superada doctrinariamente la tesis que negaba relevancia jurídica a las normas organizativas y en definitiva a la organización administrativa, ya desde la mitad del Siglo XX cobró particular importancia el estudio de este tipo de normas, puesto que las mismas, en su incidencia sobre los terceros, inclusive llegan a extenderse a la tutela de los derechos de los administrados, como se evidencia, sólo a título de ejemplo, del examen del Ordenamiento Jurídico venezolano, que confiere a éstos el derecho a solicitar la nulidad de un acto emanado de la Administración, cuando resultan infringidas normas típicamente organizativas, como ocurre en el caso de que el acto administrativo sea adoptado con prescindencia total y absoluta del procedimiento, o haya sido dictado por una autoridad manifiestamente incompetente (art. 19, num. 4 LOPA).

Más aún: la importancia de las normas organizativas aparece recogida en la Constitución de 1999, al establecer categóricamente en el artícu-

lo 142 que la creación de institutos autónomos es materia de reserva legal, y en el artículo 236, numeral 20, al reservar al legislador la competencia exclusiva y excluyente para establecer los principios y lineamientos de la potestad organizativa. Esta nueva percepción doctrinaria acerca del tema ha cobrado tanta importancia que ya se habla de una disciplina encargada de estudiarlo, denominada "Teoría de la Organización", la cual, según GIANNINI (1991) debería extender su ámbito a los ordenamientos jurídicos, a las relaciones entre éstos, a la estructura de la organización, y de las relaciones entre ésta y los sujetos del ordenamiento, a las normas sobre la organización y a los actos de organización.

Por esa razón estimamos necesario revisar, aunque sea en forma muy general el concepto de ordenamiento jurídico propuesto originariamente por SANTI ROMANO (1945), y podríamos decir, que perfeccionado por GIANNINI (1991). De otra parte, cabe recordar que resulta pertinente abordar el estudio de la organización administrativa, en razón de que coincidimos con ENTRENA CUESTA (1990), cuando sostiene que el objeto del Derecho Administrativo es la Administración Pública tanto en su aspecto estático (organización) como dinámico (actuación).

8.2.2. **El concepto de ordenamiento jurídico.** GIANNINI (1991) asienta que el problema de las normas organizativas en cuanto reguladoras de la organización de los grupos, no es más que el problema de los ordenamientos jurídicos, y al respecto precisa que descriptivamente se puede definir a un ordenamiento jurídico como "un grupo de sujetos que, por intereses comunes, se organizan confiriendo a una autoridad determinados poderes y dándose normas que tienen una vigencia efectiva". Ahora bien, desde el punto de vista didáctico es posible reconocer en esa definición tres elementos inescindibles, que son **la plurisubjetividad, la organización y la normación.**

El primer elemento o componente alude a la pluralidad de personas o figuras jurídicas subjetivas que constituyen el sustrato del ordenamiento jurídico. El segundo elemento (organización) está referido a que

el componente plurisubjetivo del ordenamiento adopte una estructura organizativa, mediante la institución de órganos, oficinas y otras reparticiones administrativas, regidas por fórmulas organizativas (jerarquía, desconcentración, autonomía, centralización, descentralización, etc.). En ese orden de ideas es preciso advertir que la sola pluralidad de personas animadas por un mismo fin, por ejemplo un grupo de partidarios de un equipo deportivo que animan a ese equipo para que obtenga la victoria, no configura un ordenamiento jurídico, por tratarse de un grupo desorganizado.

El tercer elemento (normación) quizás sea el más importante, en virtud de que alude al conjunto de normas que van a regular tanto a los sujetos que integran al ordenamiento como a su organización. Esas normas pueden tener carácter autónomo cuando emanan del propio ordenamiento, o heterónomas cuando son producidas por un ordenamiento jurídico para otro ordenamiento jurídico, verbigracia cuando el Ordenamiento General (Estado) sanciona las normas que rigen a los colegios profesionales, o a los partidos políticos. Pero también puede ocurrir que las normas de un ordenamiento no obedezcan a ninguna de las anteriores categorías aisladamente, sino que tengan un carácter mixto, en virtud de que una parte de las mismas sea producida por el mismo ordenamiento jurídico, y otra parte, por un ordenamiento externo, lo que ocurre con cierta frecuencia.

Como señala Giannini, todo ordenamiento jurídico debe tener una organización, pero no necesariamente toda organización constituye un ordenamiento jurídico, e igualmente la coexistencia de múltiples ordenamientos permite explicar que una misma persona pueda formar parte del elemento plurisubjetivo de varios de esos ordenamientos: ciudadano de un Estado, miembro de un Colegio Profesional, militante de un partido político, miembro de una religión, asociado a un sindicato, etc. Cabe advertir que esta tesis del mencionado autor tuvo una amplia recepción en la doctrina italiana, pues a partir de la misma y atendiendo al pluralismo que ha predominado en la gran mayoría de los países del mundo

después de la Segunda Guerra Mundial, surgieron múltiples ordenamientos jurídicos, integrados por los mencionados elementos (plurisubjetividad, organización y normación), los cuales han sido denominados en el marco de la aludida doctrina "ordenamientos seccionales o particulares". En ese orden de ideas, basta citar a título de ejemplo a los partidos políticos ("organizaciones con fines políticos" en términos de la Constitución de 1999), a los colegios profesionales, a la iglesia, a las organizaciones deportivas, a los sindicatos, etc.

Sin dudas que la plena vigencia de la doctrina política del pluralismo supone la superación de la "estatalismo", y explica la existencia de la inmensa cantidad de ordenamientos jurídicos en un determinado país, pero es necesario subrayar que entre todos ellos hay uno que tiene carácter general, motivo por el cual se contrapone y prevalece sobre todos los ordenamientos seccionales o particulares, que recibe la denominación de ORDENAMIENTO GENERAL o ESTADO, cuya característica esencial radica en estar asentado en un espacio territorial, con la posibilidad de ocuparse de todos los intereses de su elemento plurisubjetivo, y de poseer las organizaciones que detentan la fuerza y el poder normativo general.

Por esa razón, la doctrina sostiene que el Ordenamiento General (Estado) es originario, soberano y absoluto. Originario, porque encuentra en sí mismo las razones de su vigencia, a diferencia de los derivados o particulares, cuya existencia está supeditada a que el Ordenamiento General se lo permita. Soberano, porque sus decisiones se cumplen en el ámbito interno aun con el recurso de la fuerza pública, y en el ámbito externo no aparece sometido a ninguna otra organización, salvo las sujeciones derivadas de su pertenencia al Ordenamiento Internacional o Comunitario, y Absoluto, porque tiene la potestad de calificar a cualquier otro ordenamiento que actúe en su ámbito. Lo contrario no resulta posible. Precisamente esas características explican el porqué cuando existe una colisión de intereses entre un ordenamiento particular y el Ordenamiento General, que pueda llegar a afectar los fundamentos mismos de la existencia de éste, resulta viable la extinción del primero.

Así ocurrió en Venezuela en la década de los sesenta con los partidos políticos Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y Partido Comunista de Venezuela (PCV), los cuales –con o sin razón– asumieron una actitud insurreccional que propendía a la destrucción de los fundamentos del Estado venezolano, y éste los suprimió, precisamente porque su existencia como "ordenamientos particulares" que eran, estaban supeditados a la compatibilización de sus fines con los del Ordenamiento General. Una situación igual se configuró posteriormente, cuando el Comité Olímpico Venezolano, en los inicios de la década de los ochenta, se puso en rebeldía contra el Estado, negándose a acatar la Ley del Deporte que terminaba de ser promulgada.

En los párrafos anteriores hemos hecho una síntesis apretada de los postulados fundamentales de la teoría sobre los ordenamientos jurídicos formulada por la doctrina italiana, fundamentalmente por GIANNINI (1991), en primer lugar, porque esos postulados nos parecen convincentes para explicar desde el punto de vista jurídico la existencia de las múltiples organizaciones administrativas de la época actual, y en segundo lugar, porque la estructura interna de los ordenamientos jurídicos, especialmente la del Ordenamiento General, se aproxima bastante a un modelo, desde el punto de vista didáctico, que nos va a permitir examinar todo lo concerniente a la integración, estructura y principios de la organización administrativa del Estado venezolano (Administración Pública), sin pretender que ese estudio, como sostiene ALVAREZ (1992), nos vaya a permitir conocer a fondo la estructura del ejercicio de poder en la sociedad venezolana, en virtud de que ello escapa a los objetivos del presente trabajo. Por supuesto, que las personas jurídicas de derecho público o entes públicos constituyen la parte más importante de las Administraciones Públicas venezolanas; de allí lo útil que resulta, por lo menos desde el punto de vista didáctico, abordar su análisis, como dijimos antes, a partir de los elementos esenciales de la teoría de los ordenamientos jurídicos.

8.3. **Las personas jurídicas de derecho público (entes públicos, figuras subjetivas de derecho público, establecimientos públicos).**

8.3.1. **Las personas jurídicas (entes públicos) como expresión del elemento plurisubjetivo del Ordenamiento Jurídico General.** Las figuras subjetivas son definidas por la doctrina italiana como "cualquier entidad subjetiva reconocida en un ordenamiento jurídico". Y es que dicho reconocimiento les permite actuar de manera jurídicamente relevante, puesto que pueden imputar y que les sean imputados efectos jurídicos. El concepto de figuras subjetivas, según la referida doctrina, sustituye al anterior de "sujeto", en el cual encuadraban únicamente las personas naturales y jurídicas, y permite superar dicho esquema, considerado reduccionista, en virtud de que las normas que sirven para identificar el elemento plurisubjetivo en un Ordenamiento General pueden perfectamente darles relevancia jurídica, es decir, capacidad para imputar y recibir efectos jurídicos, a entes inmateriales que carezcan de personalidad jurídica, como ocurre en el Derecho italiano con la Dirección General del Tesoro y la Dirección General de la Administración Civil, y ocurre en Venezuela con la Contraloría General de la República (art. 145 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Pues bien, consideramos que la teoría de los ordenamientos jurídicos permite colocar en su justo término el problema de las figuras subjetivas, puesto que las mismas van a aparecer reconocidas como tales por normas expresas del Ordenamiento General, lo que conduce a postular que la integración del elemento plurisubjetivo se presenta como una decisión que corresponde a cada Estado, atendiendo al contexto socio histórico en que la misma debe ser adoptada. Sobre la base de dicho razonamiento resulta perfectamente posible que entidades inmateriales que carezcan de personalidad jurídica en un determinado país, lleguen a formar parte del elemento plurisubjetivo de ese Estado, o dicho de otra manera, que sin necesidad de otorgarle la plena subjetividad (carácter de persona jurídica), sean consideradas como figuras subjetivas. En suma, el asunto concerniente a las figuras jurídicas subjetivas, como lo afirma

GIANNINI (1991), no es más que una manifestación de aquella aptitud que tiene cada ordenamiento jurídico para crear las entidades que compongan su propia subjetividad.

Sin dudas que las figuras jurídicas subjetivas están integradas principalmente por los hombres o personas naturales y las personas jurídicas, siendo actualmente los primeros los sujetos naturales de los Ordenamientos Generales, por cuanto son facultados por las normas respectivas para la "producción e imputación de efectos jurídicos en su máximo grado". En cambio, las segundas constituyen un producto normativo que resulta del proceso de identificación de la plurisubjetividad de un Ordenamiento General, mediante el procedimiento de atribuir a una entidad inmaterial una idéntica equiparación con la figura subjetiva natural (el hombre) de dicho ordenamiento.

Ahora bien, es necesario destacar que en materia de organización administrativa, las personas naturales carecen de relevancia jurídica, pues pese a que ostentan la titularidad de los órganos o la representación de los entes que integran dicha organización, no llegan a formar parte de la misma, y su actuación se limita, como veremos más adelante, a expresar la voluntad de la persona jurídica, la cual mediante el mecanismo de la imputación recae en la persona jurídica; de allí entonces la referida carencia de relevancia; en cambio las figuras subjetivas inmateriales adquieren una singular importancia, pues las normas organizativas que las rigen permiten determinar la capacidad de actuación de las mismas y ordenan el proceso de formación de su voluntad. Asimismo explican los mecanismos de imputación de la actuación de un individuo a la responsabilidad patrimonial de uno de estos entes.

Finalmente, cabe observar que la especie de figuras subjetivas denominada "personas jurídicas", es en todo caso, como todas las instituciones del derecho, un producto del desarrollo histórico de las sociedades. Este factor, en criterio de la doctrina italiana, constituye la razón por la cual dicha especie se desarrolla únicamente a partir del siglo XV en el

campo del Derecho Privado. En esa línea argumental enseña GIANNINI (1971) que "la persona jurídica como figura subjetiva inmaterial con rango de sujeto en sentido propio, es utilizada cuando nos encontramos ante problemas de orden patrimonial, es decir, utilizando un lenguaje incluso económico, cuando el actor jurídico inmaterial actúa desarrollando una actividad que comporta responsabilidad patrimonial y debe existir una estructura jurídica que salvaguarde a terceros, a fin de tutelar el tráfico de bienes".

Asimismo es necesario reiterar que la teoría sobre los ordenamientos jurídicos al postular que cada Ordenamiento tiene la aptitud para escoger libremente los elementos que deben integrar a su componente plurisubjetivo (plurisubjetividad), permite sustraerse del análisis de las múltiples tesis doctrinarias que pretenden explicar la esencia de las personas jurídicas, ya que desde la referida perspectiva dichas personas no serían más que un producto normativo, o mejor dicho, una expresión del Derecho positivo de cada Estado. Esto es tan cierto que incluso esa aptitud que tienen los Ordenamientos Generales para escoger los elementos que integran su plurisubjetividad, puede extenderse hasta llegar a romper postulados teóricos de antigua data, como son los relativos a la neta separación que existe entre algunos tipos de personas jurídicas (sociedades anónimas), y las personas naturales que se unen en el vínculo contractual societario, mediante la aportación de capitales, en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial.

Efectivamente, dicha ruptura apareció recogida, por ejemplo, en la denominada "Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras", sancionada por el Parlamento con ocasión de la crisis sufrida por el sistema financiero a principios de 1994, iniciada con el Banco Latino, en la cual se estatuyó que los accionistas de las instituciones financieras colapsadas respondían con su patrimonio personal por daños y perjuicios que hubieren causado (Art. 31). En esa misma línea de pensamiento se orienta la Ley de la Regulación de la Emergencia Financiera de 1996. Este ejemplo pareciera

fortalecer la conclusión derivada de la teoría de los ordenamientos jurídicos referente a la aptitud de los Estados para seleccionar los elementos integrantes de su plurisubjetividad, e inclusive para matizar la forma de producción e imputación de efectos jurídicos, derivados de su reconocimiento como figuras subjetivas del Ordenamiento.

8.3.2. **Origen y evolución del concepto de personas jurídicas de derecho público.** Sin necesidad de entrar a realizar precisiones históricas, cabe pensar en estricto rigor lógico que hablar de personas jurídicas de derecho público o entes públicos, los cuales como hemos dicho integran la organización administrativa, o mejor permiten definir a la Administración Pública desde el punto de vista subjetivo, impone partir del supuesto indiscutible de que en ese contexto el ESTADO es la persona jurídica mayor o fundamental, que debido a su carácter originario y absoluto en los términos antes expuestos, explica la existencia de entes públicos derivados, territoriales o funcionales. En esta línea de razonamiento si lo que se pretende es intentar ensayar una tesis acerca del origen histórico de las personas jurídicas de derecho público, debe admitirse que el punto de inflexión de la misma estará centrado en la determinación del momento o el período en que la doctrina o el Derecho positivo reconocen que el Estado tiene personalidad jurídica.

Es necesario enfatizar que no debe confundirse la existencia del Estado, la cual es muy antigua, inclusive se llega a sostener que la "polis" griega revestía ese carácter y además ya expusimos en el primer volumen, como nace y se estructura el denominado Estado Moderno o Estado Absoluto, en el siglo XV, con su **personificación,** o mejor con el reconocimiento de su personalidad jurídica, que como sostiene SANTAMARÍA (1991) ocurre en Europa a mediados del Siglo XIX, para responder a precisas circunstancias políticas y jurídicas. Sin embargo, como afirma el mencionado autor no es verdad que ese reconocimiento haya ocurrido de manera espontánea en la época antes indicada, pues por el contrario "es el resultado final de un proceso evolutivo multisecular, de un proceso fascinante, cuyas raíces se pierden en la noche de los tiem-

pos". En ese orden de ideas puntualiza que el nivel de abstracción que permite ver como natural que el Estado detente personalidad jurídica, para que pueda ser titular de derechos y obligaciones frente a los ciudadanos, no existía en el hombre antiguo, quien para referirse a esa entidad inmaterial recurría a "formas míticas o simbólicas, de figuras gráficas de la vida cotidiana fácilmente perceptibles", entre las cuales menciona la fábula organicista, la teoría del fisco y el concepto de Corona, de tal suerte que la concepción actual de personalidad jurídica del Estado, así como de otras figuras e instituciones, no es más que una "versión evolucionada y depurada de los viejos símbolos, entre unos y otros no ha habido solución de continuidad".

La tesis de Santamaría resulta además de didáctica muy ajustada a la evolución y surgimiento de las instituciones sociales y políticas, pues se fundamenta en la innegable fuerza transformadora de la historia, y permite explicar que el dogma de la personalidad jurídica del Estado nacido en Alemania a raíz de la recensión de una obra, indica GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) por parte de ALBRECHT, quien en esa oportunidad expresó "no habrá más remedio que reconocer la personalidad jurídica del Estado", lo que suscitó una amplia polémica doctrinaria en el campo del Derecho Público alemán. No obstante ya para el año 1860 se había llegado a un consenso en la doctrina alemana acerca de la personalidad jurídica del Estado.

Por supuesto que al elevar esta tesis a la categoría de dogma, como veremos más adelante, se originan otras teorías importantísimas en el ámbito del Derecho, como son la teoría del órgano por parte de GIERKE, en virtud de que el Estado al ser considerado personalidad jurídica necesariamente requería de un mecanismo que le permitiera actuar en el mundo jurídico, y a la vez explicar cómo y porqué se imputaban esas actuaciones al Estado, lo que logra cumplidamente el mencionado autor alemán mediante la formulación de esa teoría; y la tesis de los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos por JELLINEK, sobre la base de que si el Estado es titular de deberes y derechos, precisamente por deten-

tar personalidad jurídica, el perfeccionamiento de las relaciones con los ciudadanos amerita que éstos también sean titulares de derechos y obligaciones frente al ente estatal.

Por otro lado, señala un sector de la doctrina que el dogma de la persona jurídica del Estado se haya originado en Alemania, obedece a que ese país, a diferencia de casi todo el resto de los países de Europa, fue refractario a las ideas de la Revolución Francesa impuestas por Napoleón a los Estados que derrotó, las cuales, pese a la restauración de los reyes en sus tronos después de 1815 (Viena), habían penetrado de tal manera en la sociedad que resultó imposible restaurar realmente el régimen absolutista. En cambio, en Alemania ocurrió todo lo contrario, pues se mantuvo el Rey o Emperador, y solamente se instituyó una Asamblea (Parlamento) con pocas pero significativas funciones, de tal manera que se configuró un régimen dualista con predominio del Monarca.

Sin embargo, el concepto de soberanía acuñado por los revolucionarios franceses, al parecer no dejó de suscitar intensas discusiones en Alemania, pues en Francia y en los demás países influenciados por sus ideas no existían dudas acerca de que el titular de la soberanía era el pueblo o la nación (soberanía popular o nacional); en cambio en Alemania, en virtud del régimen dualista, las aludidas discusiones giraban en torno a si el soberano era el pueblo o el monarca. En esa polémica coloca una parte de la doctrina el origen del reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, pues en la búsqueda de una solución a la misma, optaron por una solución intermedia y transaccional que condujo a postular que la titularidad de la soberanía correspondía al Estado, que comprendía tanto al pueblo como al monarca. A partir de la aceptación de dicha tesis se argumentó que como la soberanía estaba constituida por un conjunto de potestades que debían ser ejercidas por una persona, el ESTADO tenía necesariamente que personificarse. Surge así según esta orientación doctrinaria el dogma de la personalidad jurídica del Estado en Alemania, que ya como se dijo es complementada casi inmediatamente con la teoría del órgano y la de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

En los términos expuestos precedentemente queda precisada la relación histórica y conceptual entre el Estado como persona jurídica, y las demás personas jurídicas de derecho público, en virtud de que éstas derivan su existencia del primero, o sea, que sólo después que se admite que el Estado detenta personalidad jurídica, lógicamente de derecho público, es posible hablar de otros entes públicos. Por tanto, teniendo en cuenta esa relación histórica cabe formular la hipótesis atinente a que en un primer estadio histórico posterior al advenimiento del Estado Liberal Burgués, la identificación de las personas jurídicas de derecho público dependía de un criterio eminentemente formal: la denominada "forma jurídica originaria", referida al módulo utilizado en la personificación del respectivo ente: así, existían las formas jurídicas originarias concernientes a los entes de base territorial, los cuales por ese sólo hecho se reputaban necesariamente como personas jurídicas de derecho público, en virtud de que el territorio era considerado como un elemento que resultaba esencial a la naturaleza de este tipo de entes.

Por tal razón, eran entes públicos por antonomasia los Estados, las Provincias, los Departamentos y los Municipios, pero al mismo tiempo se personificaban otros entes, sin base territorial, acudiendo a otras formas jurídicas, también originarias, tales como las sociedades mercantiles y civiles, las asociaciones y las fundaciones; de tal manera que se hablaba de "formas jurídicas originarias" de derecho público y de derecho privado, bastando únicamente para identificar la naturaleza del ente, calificar la forma jurídica utilizada en su personificación.

Esta metodología basada en ese criterio formal conducía a predicar la existencia de un número cerrado de clases de personas jurídicas contrapuestas –de derecho privado y de derecho público–, razón por la cual no suscitaba ningún tipo de problema en cuanto a la identificación de las personas jurídicas de derecho público, e inclusive ni siquiera posibilitaba la discusión que se abrió posteriormente en el campo doctrinario, en torno a la sustancia del ente público, la cual sencillamente era vinculada a la definición de éste, atendiendo al hecho de que debía perseguir

institucionalmente un **fin público**, pues al adoptar la forma de Estado, Provincia, Municipio, etc., sin mediar discusión alguna, se concluía que tenía como cometido el logro de un fin público, por lo que debía reputarse que se trataba de una persona jurídica de derecho público.

Ahora bien, a mediados de la sexta década del siglo XIX surge en Francia la figura del **establecimiento público**, el cual sin tener base territorial, es considerado como una persona moral, una persona de derecho público*,* que tiene por objeto la gestión de un servicio público. Inicialmente, destaca RIVERO (1984) "... el otorgamiento de la personalidad a un servicio responde a dos motivos: permitirle gozar de la generosidad privada que suscita su finalidad caritativa o cultural, recibiendo donaciones o legados (hospicios, hospitales, oficinas de beneficencia), y asegurarle respecto a la jerarquía, una cierta autonomía, como garantía de la libertad intelectual (establecimientos de enseñanza superior y secundaria)".

Evidentemente, que el surgimiento del establecimiento público en Francia origina un serio cuestionamiento de la tesis que colocaba en la forma jurídica originaria la variable única y necesaria de identificación de las personas jurídicas de derecho público, pues no debe olvidarse que la misma estaba vinculada al carácter territorial de éstas. En otros términos, hasta la fecha de la aparición en Francia del establecimiento público, toda persona jurídica para reputarse pública forzosamente debía tener base territorial. Es precisamente esta tesis la que comienza a derrumbarse cuando el Ordenamiento admite que existen personas jurídicas de derecho público, en las cuales el territorio no afectaba esencialmente su naturaleza, al punto que, en términos generales, poseían el mismo régimen jurídico que las personas jurídicas de derecho público territoriales, es decir, de derecho público.

Pese al cuestionamiento de la tesis sobre las formas jurídicas originarias que se deriva del surgimiento del establecimiento público en Francia, realmente tanto la noción clásica de establecimiento público

antes enunciada, como el concepto mismo de persona jurídica de derecho público, hacen crisis en el período que va entre las dos guerras mundiales, cuando surgen nuevas categorías de personas jurídicas de derecho público, que conducen a soslayar definitivamente el criterio de las formas jurídicas originarias para identificar a las personas jurídicas de derecho público, y fundamentalmente para diferenciarlas de las de derecho privado.

8.3.3.**El problema que genera la proliferación de entes públicos.** Como se expresó precedentemente el carácter monolítico de la Administración Estatal se rompe en Francia en el siglo XIX con la creación de los denominados establecimientos públicos, no obstante, no es sino hasta los primeros decenios del siglo XX cuando en Europa comienzan a ser creados entes públicos, lógicamente no territoriales, con la finalidad de atender los cometidos estatales. Tal creación obedece al tránsito que comienza a finales del siglo anterior de Estado Liberal Burgués a Estado Social de Derecho, originado en los ingentes reclamos de gran parte de la población de derechos de carácter social, tales como transporte, salud, educación, seguridad social, etc., lo que impone que los Estados pasen a asumir directamente la atención de esas necesidades, de tal manera que se ven constreñidos a ser "interventores" en los ámbitos principales de la sociedad. Esta intervención se acentúa a raíz de las dos guerras mundiales.

La justificación para crear personas jurídicas derivadas del Estado radicaba y radica en la necesidad de optimizar la atención a las necesidades públicas, sobre la base de que la organización del Estado no resulta suficiente para lograr ese objetivo, razón por la cual se atribuye la tutela y el cuidado de específicos intereses públicos (vivienda, comunicaciones, salud, etc.) a un ente que se crea ex novo, es decir, con personalidad jurídica distinta del Estado. Bajo esa premisa se ensayan múltiples modalidades de personas jurídicas de derecho público, algunas de las cuales inclusive llegan a utilizar instrumentalmente las tradicionales formas originarias de "entificación" de las personas jurídicas de derecho privado.

Es así como aparecen en los países europeos los establecimientos públicos industriales y comerciales, las sociedades anónimas de derecho público, las fundaciones públicas, las empresas públicas, las empresas del Estado, los institutos u organismos autónomos, etc. Demás está advertir que esta propensión de la Administración Estatal a crear entes públicos no ha cesado, pese a las tendencias a la privatización que parecen predominar en los tiempos actuales, y al papel que ha jugado la tesis conocida como "huída del Derecho Administrativo".

Lo cierto es que la proliferación de entes públicos acentuó la discusión doctrinaria acerca de los criterios de identificación de los mismos, lo que no resulta un problema de poca monta, porque precisamente la importancia de las personas jurídicas públicas en cualquier ordenamiento jurídico que las reconozca, radica en la especie de relación de causalidad que suele establecerse entre ente público y régimen jurídico aplicable, ya que éste último será significativamente diferente al que se aplica a las personas jurídicas privadas. Así la regulación será especial, por ejemplo, en materia presupuestaria, en crédito público, en responsabilidad, en control administrativo y externo, en lo tocante a órganos jurisdiccionales, y en definitiva, el régimen será de Derecho Administrativo. De allí que conforme a esta tesis (relación de causalidad) sujeta actualmente a cuestionamiento, pero sin duda por obra del Derecho positivo totalmente vigente, la parte nuclear de los entes públicos repose definitivamente en una definición operacional que permita fácilmente su identificación como tal, y por ende, su distinción de las personas jurídicas de derecho privado.

Finalmente, pese a la realidad y vigencia de los entes públicos tanto en Europa, como en nuestro país, consideramos necesario señalar que el cuestionamiento que un sector de la doctrina le formula a la tesis de este tipo de entes, aparece basado en la supuesta disociación actual de la aludida relación de causalidad, ya que el examen del Derecho positivo demuestra que cada día resulta más difícil que una persona jurídica sea regulada exclusivamente por el Derecho Público o por el Derecho Priva-

do, pues lo que efectivamente ocurre es que está regida en mayor o menor proporción por normas de Derecho Público y por normas de Derecho Privado. En ese orden de ideas, traen a colación el ejemplo de los bancos que son personas jurídicas de Derecho privado, pero que en una gran parte de su actividad están reguladas por el Derecho Administrativo, inclusive por resoluciones del órgano de supervisión bancaria, e igualmente existen entes de Derecho Público, cuyo instrumento de creación establece que actúan en un régimen de Derecho privado, como el caso de la empresa de transporte RENFE en España.

De modo, pues, que conforme a esta corriente doctrinaria lo importante, dada la pluralidad de personas jurídicas que conforman a la Administración Pública, y en general las figuras subjetivas que integran al elemento plurisubjetivo del Estado, es determinar el régimen jurídico aplicable a cada persona jurídica, más que la determinación de su naturaleza pública o privada, el cual en ningún caso tendrá un carácter excluyente, pues siempre estará integrado en mayor o menor proporción por normas de Derecho Público y de Derecho privado; de allí que considere que la discusión acerca de la naturaleza pública o privada de un ente constituye un falso problema, sin ninguna solución válida.

Esta última posición doctrinaria, pese a estar bien construida, desde el punto de vista lógico y conceptual, todavía no ha tenido mucha recepción en los ordenamientos jurídicos, pues si bien es cierto que los derechos positivos pueden hacer combinaciones entre personificación privada y régimen de Derecho Público, el ejemplo esgrimido (Instituciones bancarias) como fundamento de la misma, no resulta significativo ni cuantitativa ni cualitativamente, pues son muy pocos los casos en ese sentido, y además, la actividad que esas instituciones desarrollan está muy vinculada al interés público, lo que impone que el Estado dicte normas puntuales que le permitan tutelar ese interés de la colectividad, sin que ello signifique la derogatoria de todo el complejo normativo privado por el cual se rigen las instituciones bancarias.

Y en el caso de los ordenamientos que crean entes públicos para que actúen en régimen de Derecho privado, ello no significa que ese ente se desdibuje como público, pues el núcleo esencial de su actuación (toma de decisiones, nombramiento de los administradores, sujeción al Derecho presupuestario, etc.) sigue estando regido por el Derecho Administrativo; de allí entonces que, en nuestro criterio, la realidad es distinta a la presentada por la aludida corriente doctrinaria como base de su tesis. Nuestra posición encuentra mayor respaldo en Venezuela, donde los entes públicos descentralizados funcionalmente, inclusive tienen relevancia constitucional (Art. 142), por lo que necesariamente deben formularse criterios de identificación de las personas jurídicas de derecho público.

8.3.4. **El fin público y los índices de reconocimiento como elementos identificadores de las personas jurídicas de derecho público.** Al crecer geométricamente el número de entes públicos, e igualmente aumentar sus modalidades de personificación, la tesis de las formas jurídicas originarias se torna inútil a los efectos de su definición e identificación; por lo tanto, la discusión en ese sentido después del surgimiento en Francia de los denominados establecimientos públicos en el siglo XIX, se acrecienta en los primeros decenios del Siglo XX. En el desarrollo de dicha discusión en el campo del Derecho Público, una primera postura erige en variable definidora al **fin institucional público** perseguido por el ente que se pretende identificar como público. Se partía de la base en la doctrina alemana e italiana que cada persona jurídica tiene su razón de existencia en la atribución de un fin específico, de tal manera que si en la determinación de ese fin se llegaba a la conclusión de que era público, entonces el ente debía considerarse de naturaleza pública.

En la construcción de dicha tesis jugaba un papel preponderante la premisa de que el Estado era la persona jurídica pública fundamental o por excelencia, y las personas jurídicas creadas por él debían ser titulares de fines coincidentes con los del Estado, es decir, públicos, razón por la cual tenían que reputarse como entes públicos, o en otros términos, que la actividad del ente estaba integrada en la actividad del Estado. Siempre

con la intención de respaldar la teoría del fin, se acudió a matizaciones de la misma, y se dijo que el fin tenía que ser obligatorio para el ente, o que éste debía actuar a favor del interés general.

Esta tesis recibió múltiples críticas de la doctrina, empezando por la dificultad que comportaba encontrar un criterio jurídico que permitiese identificar con propiedad cuándo una determinada finalidad revestía carácter público. Así mismo se argumentó que muchos entes de naturaleza inequívocamente privada perseguían fines idénticos a entes de naturaleza inequívocamente pública. Pero quizás la crítica más grave que se le formuló en Italia fue que al subsumir los fines del ente en los fines del Estado, entonces el ente estaba impedido de perseguir fines propios o particulares o menores respecto del Estado, lo que resultaba evidentemente inaceptable, porque esos entes podían eventualmente llegar a tener fines contrarios a algunos del Estado. A esta crítica se respondió con la tesis del doble fin de los entes públicos, uno público por excelencia el del Estado, y otro particular que podía ser público, pero que igualmente podía no serlo.

Ante esta serie de cuestionamientos, la tesis del fin público para identificar a los entes públicos fue rápidamente soslayada, y la doctrina la sustituyó con la de los “indicadores positivos de reconocimiento”, la cual postulaba que si del examen del ente era posible derivar la existencia de ciertos indicadores, entonces debía reputarse como público. Entre esos indicadores destacaban: a) la potestad de imperio, la cual facultaba al ente para ejercer potestades administrativas; y en consecuencia, dictar proveimientos administrativos; b) el origen del ente, según el cual tenían naturaleza pública los entes que eran creados por el Estado o por otro ente público; c) el control que ejercía el Estado sobre el ente. Este indicador estaba relacionado con la gradualidad del control ejercido por el Estado u otro ente público, de tal manera que cuando las modalidades de ese control eran más penetrantes y positivas dirigidas a lograr que el ente cumpliese su fin institucional, se configuraba el indicador; en cambio, si de lo que se trataba era de un control negativo, es decir, destinado a

evitar un daño o perjuicio al interés general, entonces no podía predicarse la presencia del aludido indicador y; d) disfrutar de privilegios y facilidades como la Administración Pública, tales como subvenciones estatales y exenciones fiscales, prohibición de medidas preventivas o ejecutivas en sus bienes, rentas, derechos o acciones, prohibición de condenatoria en costas.

Ahora bien, muy pronto también esta tesis fue sometida a críticas, las cuales se iniciaron cuando sus adversarios se preguntaron, como asienta GIANNINI (1991), sí debían estar presentes todos los indicadores en forma acumulativa, o sencillamente, una parte de ellos?, sin obtener una respuesta satisfactoria de los partidarios de dicha tesis, quienes intentaron señalar que bastaba con que el ente presentase los de carácter fundamental, sin poder establecer una clara diferencia entre los de esta clase y los considerados no esenciales. En una fase posterior, ese mismo sector de la doctrina cuestionador de la tesis bajo examen, pasó a demostrar que la existencia de todos o casi todos dichos indicadores, también podía predicarse de entes que nadie dudaba en calificar como de derecho privado. Así por ejemplo, en cuanto al control intenso y positivo precisaron que existían entes privados que estaban sometidos a esa modalidad de control por parte del Estado o de sus entes instrumentales, citándose como emblemático el caso de los bancos y otras instituciones financieras.

En lo atinente a la potestad de imperio, se argumentó que no era privativa de los entes públicos, en virtud de que existían personas jurídicas de derecho privado que también la detentaban, por ejemplo, las empresas concesionarias de servicios públicos, a la mayoría de las cuales se les confiere el ejercicio de la función de policía administrativa en dicho servicio, pudiendo llegar hasta imponer sanciones pecuniarias. En cuanto al origen se indicó la existencia de entes públicos que tienen su origen en la iniciativa de privados, como el caso de las Cajas de Ahorro y las Obras Pía en Italia.

Las críticas anteriores afectaron bastante la fundamentación de la tesis de los indicadores de reconocimiento de los entes públicos, lo que

dio lugar a la formulación de la tesis de la "relación de servicio", sobre la base de la cual se calificaban como entes públicos aquellos que se encontraban en una especial relación de derecho público con el Estado, porque en criterio de Giannini "el ente está al servicio del Estado; la actividad del ente es sin embargo del ente mismo, ya sea respecto a la titularidad que al ejercicio". La relación de servicio para identificar a los entes públicos introduce la idea del carácter instrumental de éstos, que posteriormente la doctrina va a utilizar como una de las categorías principales en la clasificación de las personas jurídicas de derecho público. Como a las anteriores formulaciones teóricas, ésta también fue objetada, porque en criterio de sus detractores si bien resultaba válida para algunos entes públicos, en cambio no lo era para aquellos dotados de una amplia autonomía, como era el caso de los colegios profesionales, los Municipios y los Estados.

8.3.5. **Los entes públicos en la actualidad.** Sin dudas que la evolución o historia de las controversias doctrinarias acerca de la identificación de los entes públicos descrita resumidamente en el acápite anterior no deja de suscitar desazón, porque quiérase o no, estas categorías de figuras subjetivas existen en todos los ordenamientos y continúan, sobre todo las que resultan del proceso de descentralización funcional, siendo utilizadas, pese a la moda de la privatización, con bastante frecuencia por la Administración Estatal.

Precisamente esa falta de consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de la naturaleza del ente público fue el factor que condujo a un sector de la doctrina, como expusimos precedentemente, a negar la posibilidad de lograr una definición común y un tratamiento unitario, por no existir elementos comunes entre las diversas figuras, razón por la cual consideran que constituye un falso problema sin solución válida. También, como sostuvimos antes, esta postura pese a partir de un supuesto cierto, su conclusión no resulta correcta, en virtud de que es desmentida por los hechos (consagración del ente público inclusive a nivel constitucional como una categoría distinta al ente privado, y la frecuencia en su utilización, bajo diversas modalidades, para llevar a cabo la descentrali-

zación funcional), por lo que la mayoría de la doctrina, así como la jurisprudencia, frente a la incertidumbre derivada de la mencionada discusión, ha continuado buscando soluciones a la situación problemática.

En ese orden de ideas, cabe señalar que se ha impuesto la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que reconoce la existencia de la grave dificultad para calificar a priori a los entes públicos, la cual se acrecienta actualmente con la proliferación de personas jurídicas de derecho público, y sobre todo los diversos modelos utilizados para su creación (organismos o institutos autónomos, entes públicos económicos, entes públicos funcionando bajo régimen de derecho privado, entes territoriales, empresas públicas, etc.), por lo que propugna que la solución del problema de la identificación del ente público debe tener un carácter puntual, basada en el examen del Derecho positivo (leyes, estatutos, reglamentos, etc.) que regula la estructura, la actividad, la finalidad, el control, etc., a que está sometido un determinado ente o una categoría de entes. Hay que tener presente que esos índices puntuales pueden variar de ente a ente, y seguramente de modelo a modelo, inclusive puede ocurrir que el Derecho positivo con la creación de un ente o determinada categoría de personas jurídicas de derecho público establezca nuevos indicadores, que obedezcan a criterios institucionales o coyunturales. Es preciso enfatizar que de ninguna manera esta tendencia implica olvidar toda la construcción doctrinaria relativa a la teoría del fin público, de los indicadores de reconocimiento, y de la relación de servicio, pues la misma parcial o totalmente, casi siempre parcial, va a constituir el marco de análisis del Derecho positivo que regula al ente al cual se pretende calificar como público.

En esta línea argumental no resulta nada despreciable determinar que una norma le confiere potestad de imperio, en cualquiera de sus modalidades (poderes de autoorganización, certificación, autotutela o de emanar proveimientos administrativos); o que existe una relación fiduciaria con la Administración del Estado, que es la encargada de nombrar la totalidad o la mayoría de la Junta Directiva, o que carece de finalidad

de lucro, y por el contrario se le atribuye claramente un fin público, como por ejemplo tutelar la salud de la comunidad; que se le reconozca lo que la jurisprudencia italiana ha denominado la "operatividad necesaria", en virtud de la imposibilidad de que sus atribuciones puedan ser cumplidas por otros entes, o la imposibilidad de quiebra o extinción voluntaria, y así sucesivamente. Pero lo importante en esta nueva postura metodológica para la identificación de los entes públicos es que la variable fundamental resulta el examen del Derecho positivo, a partir del cual se extraen los indicadores (clásicos o nuevos), que van a permitir emanar un criterio en torno a la naturaleza del ente.

En fin, de la combinación de todos esos elementos, sobre la base del examen del Derecho positivo, debe surgir la respuesta positiva o negativa acerca del carácter del ente que se examina, reiterando que esas combinaciones son variables, pudiendo cada vez que se realiza la operación intelectual de reconocimiento entrar en juego indicadores diferentes, que al combinarse permiten hacer la calificación de público o privado. La metodología antes descrita no hace más que revelar la dificultad antes expuesta para encontrar una definición unívoca acerca de los entes públicos, por lo que algunos autores afirman que de lo que se trata es de encontrar un mínimo común denominador de identificación de los mismos.

Lo que sí ha contribuido a clarificar la situación son las decisiones de política legislativa que han adoptado algunos países, en el sentido de establecer categóricamente que todos los entes públicos deben ser creados mediante ley. Así ocurrió en Italia con la Ley 70 /1975, cuyo artículo 4 estatuye " Ningún nuevo ente público puede ser instituido o reconocido sino por ley". De modo, pues, que el dato nominal contenido en una ley pareciera ser definitivo a los fines de la calificación del ente. En efecto, si una disposición legal establece claramente que una persona jurídica es de carácter público, restarían poquísimas dudas acerca del deber del intérprete de quedar vinculado a la definición legislativa, inclusive en aquellos casos donde se configura una ostensible contrariedad entre la

dicción legal y la efectiva configuración del ente, máxime si se tiene en cuenta que actualmente en algunos países (España, Italia), se crean entes públicos para que actúen en el régimen de Derecho privado. Queda claro entonces en el marco de esta línea de razonamiento, que en la identificación del ente público resulta determinante la calificación que en ese sentido, de manera clara e inteligible, realice el legislador. En otros términos: frente a la calificación legislativa no valen argumentos doctrinarios a los fines de la búsqueda de una calificación diferente.

Es preciso advertir finalmente que la búsqueda de una definición del ente público también ha tocado las puertas de los órganos de la Unión Europea, atendiendo a la necesidad de lograr construir una noción común a todos los ordenamientos de los países que integran dicha Unión, y en esa perspectiva sostiene SCOCA (1993) que la misma se ha construido sobre tres elementos, de los cuales dos son fijos y uno variable, a saber: "Se considera ente público a cualquier organismo que esté: dotado de personalidad jurídica para satisfacer necesidades de interés general, es decir, no comerciales ni industriales: y además cuya actividad sea financiada mayoritariamente por el Estado, las Regiones, por los entes locales o por otros entes públicos; y en su actividad esté sujeto al control de los entes antes mencionados; o bien sus órganos de administración, dirección o vigilancia estén constituidos en más de la mitad por integrantes designados por las personas jurídicas precedentemente mencionadas".

El examen de los elementos utilizados para vertebrar esa noción comunitaria europea de ente público, revela que en realidad los órganos competentes de la Unión Europea no hacen más que seleccionar tres indicadores de los enunciados por la doctrina para elaborar la noción a priori de ente público, lo que seguramente en algunos casos no dejará de suscitar problemas cuando se intente encuadrar determinados modelos de personas jurídicas creadas en los quince países de la Unión, en la categoría de entes públicos. Pero no abrigamos dudas que en esos casos será necesario complementar el proceso de identificación con los principios que integran el marco conceptual expuesto anteriormente (teoría

del fin, indicadores de reconocimiento, relación de servicio, modelos diferenciados).

8.4. **Clasificación de las personas jurídicas de derecho público (entes públicos).** Es preciso advertir que en la actualidad la multiplicidad de entes públicos, tanto en lo que se refiere a cantidad como a modalidades de personificación, ha dificultado la tarea de la doctrina en la búsqueda de criterios que permitan elaborar una clasificación general comprensiva de todos ellos, por lo que la doctrina ha recurrido a diversos criterios, que lógicamente dan lugar a diversas clasificaciones. Entre esos criterios cabe mencionar a) la actividad realizada por el ente, b) la estructura organizativa, c) la relación con el Estado, d) la clase de potestades atribuidas, e) el territorio, así como otros variados criterios que han recibido menor atención de los autores. En esa línea argumental tendiendo a la actividad se pueden encontrar clases como las siguientes, por supuesto que en el contexto de cada ordenamiento: entes empresariales, entes de servicio, entes de administración; a la estructura organizativa, entes corporativos o asociativos y entes institucionales o fundacionales; a la relación con el Estado, entes instrumentales y entes autónomos o independientes; a las potestades atribuidas, entes con potestad normativa, entes con potestad administrativa, y entes con capacidad de derecho privado; a la relación con el territorio, entes territoriales y no territoriales, entes nacionales, regionales y municipales.

Hemos hecho una simple enumeración de los criterios y de las categorías correspondientes a que dan lugar, pero la sola lectura de los mismos demuestra que combinando esos criterios pueden originarse múltiples categorías. Así por ejemplo, basta tomar la de los no territoriales, para percatarse que pueden ser a la vez entes empresariales, corporativos, instrumentales y con potestades de derecho privado. Por supuesto que será necesario estudiar también las personas jurídicas que aparecen expresamente enumeradas en la Constitución o en la ley. Pues bien, en razón de la posibilidad de ese gran número de clasificaciones, examinaremos sucintamente las consideradas más genéricas e importantes por la doctrina.

8.4.1. **Personas jurídicas (entes públicos) territoriales y no territoriales.** Los entes públicos territoriales son aquellos en los cuales el territorio constituye el elemento esencial de su existencia, así como el ámbito espacial en el cual ellos ejercen sus potestades públicas. Por supuesto que también pueden realizar actividades de derecho privado, pero en ese caso el territorio no funciona como el referido límite espacial, pues ese tipo de actividades pueden realizarlas válidamente fuera del mismo. Se ha discutido si el territorio efectivamente constituye un elemento esencial o constitutivo para este tipo de entes, como lo sostiene una parte de la doctrina, o si sencillamente es la variable que delimita el ejercicio espacial de sus potestades, como afirma otro sector doctrinario, que actualmente tiende a ser el mayoritario. Pensamos que la definición puede articularse sobre las dos variables mencionadas, pero el territorio debe considerarse como la determinante, pues desde el punto de vista lógico, no es posible pensar en entes territoriales sin un territorio.

Es después de la creación del ente territorial, lo cual únicamente es posible si existe un territorio, que puede hablarse de la idea de circunscripción o espacio delimitado donde ejerce sus competencias. Además los entes territoriales cuentan con una población que forma parte de los mismos, la cual de faltar el territorio no tendría donde asentarse. En otros términos, el elemento territorio es un prius respecto a la idea de la circunscripción territorial, entendida como el ámbito de ejercicio de potestades públicas; de allí la razón que nos permite adherirnos a la tesis que postula que esta variable tiene un carácter constitutivo en la definición de los entes públicos territoriales.

Por otra parte, casi siempre por no decir siempre, en virtud de que el texto constitucional tiene que configurar la forma del Estado, los entes territoriales (Estado, Regiones, Provincias, Municipios, Comunidades Autónomas, Departamentos), aparecen expresamente previstos en dicho texto. En forma general la doctrina señala que esta clase de entes públicos reviste las siguientes particularidades: a) Están dotados de un componente subjetivo (la población), con el cual guarda una relación de

pertenencia, la cual no parece determinada por ningún elemento subjetivo (profesional, obrero, comerciante, político, etc.), sino por una relación de hecho entre el sujeto y el territorio, para lo que no se requiere ninguna manifestación de voluntad de residencia o domicilio.

b) Están dotados de potestades públicas que ejercen no sólo en relación con la población que le pertenece, sino con cualquier sujeto que a pesar de no entrar en su esfera de pertenencia establezca un vínculo con el territorio, por ejemplo un automovilista que resida en un Municipio y cometa una infracción de tránsito en otro Municipio, estará sujeto a la potestad sancionatoria de este último Municipio. En definitiva, las potestades de los entes territoriales tienen carácter erga omnes, en virtud de que su ejercicio se extiende a todos los que pertenecen a dicho ente, sin tomar en cuenta las diversas categorías en que se clasifican, ni la especial relación de subordinación que establezca con algunos de ellos, o mejor sobre todos los que actúan en su territorio.

c) Persiguen fines de carácter general, por ser entes exponenciales, o sea, representantes de la comunidad; de allí que deban actuar en el interés de todo el grupo, a diferencia de los entes públicos que representan sectores de la población (colegios profesionales, academias científicas, etc.); d) Gozan de una gran autonomía, pues se dan su propio gobierno ya que mediante votaciones universales, directas y secretas eligen a su Poder Ejecutivo y a su Poder Legislativo, y además, están dotados de potestad normativa. Y finalmente por estar consagrados constitucionalmente se les garantiza su existencia casi necesaria, en razón de que únicamente pueden ser suprimidos mediante los procedimientos de revisión constitucional. Por supuesto, como dijimos antes, que el ámbito territorial delimita la validez de sus actuaciones, de tal suerte que si exceden ese espacio sus actos deben reputarse nulos.

Los entes no territoriales, denominados también institucionales o funcionales, en virtud de que tienen su origen en un proceso de descentralización por funciones o servicios, son todos aquellos que, como su

nombre lo indica, el territorio no se erige en su elemento constitutivo o existencial, como por ejemplo los organismos autónomos, los colegios profesionales, las universidades, los denominados entes económicos, etc. Por consiguiente, la relación que se establece con este tipo de entes, no está determinada por el territorio, sino por la posición personal del sujeto (estudiante, profesional, académico, etc.). Sin embargo, el territorio puede jugar en algunos casos un papel relevante, en la delimitación de la esfera de actividad de los sujetos que lo integran, por ejemplo, cuando un profesional del derecho se inscribe en el Colegio de Abogados de un Estado, puede postularse únicamente para ser directivo de ese ente público.

Por otra parte, a diferencia de los territoriales, sus poderes se extienden únicamente sobre determinados habitantes del territorio donde ejercen sus actividades. Por ejemplo, la Junta Directiva de un Colegio Profesional sobre sus integrantes, o el Presidente de una Academia Científica, también sobre sus miembros. Finalmente, los entes no territoriales en general son creados por los territoriales para que cumplan un determinado servicio público, y aunque puedan estar dotados de mucha autonomía, siempre el origen de su creación reposará en uno de carácter territorial.

8.4.2. **Entes corporativos o asociativos y fundacionales o institucionales.** La doctrina atendiendo a la vieja distinción, originada en el Derecho Civil, entre personas jurídicas CORPORATIVAS (universitas personarum) y personas jurídicas FUNDACIONALES (universitas rerurn o bonorum), ha construido una clasificación equivalente en el campo de los entes públicos no territoriales, dando lugar a los entes públicos corporativos y a los entes públicos fundacionales, llamados también por una parte de la doctrina institucionales. Antes que todo conviene advertir, como señala SANTAMARÍA (1991), que la clasificación aparentemente sencilla, ha sido fuente de muchas controversias doctrinarias, las cuales han originado innumerables confusiones, empezando porque partiendo de la noción romana, los civilistas sostenían que existía una sola clase de personas jurídicas: las **corporaciones** formadas por colectividades de

personas; en cambio los canonistas admitían solamente la categoría de las **instituciones**, y las conceptuaban "como establecimientos creados y organizados desde fuera, por una voluntad superior y trascendente para la realización de un fin". De manera, pues que en esa óptica ambas categorías denotaban conceptos excluyentes.

Es a partir del siglo XIX, sobre todo en Alemania, cuando la doctrina establece la relación entre ellas, y formula una especie de summa divissio entre las personas jurídicas corporativas o de base corporativa, e institucionales o fundacionales, o de base fundacional o institucional. Sin embargo, hay que reconocer que la formulación como tal fue un avance con respecto a la etapa anterior, en virtud de que se supera el carácter excluyente que acompañaba a los conceptos de corporación e institución, pero en lo que no se logró consenso durante ese largo debate fue en torno a los criterios inequívocos de distinción de cada una de las dos categorías.

Actualmente se mantiene la vigencia, o quizás mejor la utilidad, de dicha clasificación, atendiendo a los elementos básicos que originaron su formulación, y basando la identificación de cada categoría sobre la base de rasgos muy generales, entre los cuales cabe mencionar : a) que la corporación atiende a la existencia de un conjunto de personas con intereses comunes quienes asumen el carácter de miembros, carácter con el cual la organizan, lo que quiere decir que la corporación va a expresar la voluntad de ellos a través de sus representantes. En cambio, las fundaciones están constituidas únicamente por un conjunto de bienes, que se afectan al logro de un fin determinado, razón por la cual carecen de sustrato corporativo, aunque, como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), "eventualmente pueda haber interesados o destinatarios de la actividad o usuarios de las prestaciones que dichos entes proporcionan"; b) la voluntad expresada por las corporaciones es la que determinan sus miembros; en las fundaciones o instituciones es determinada por el Fundador o " instituidor"; c) El patrimonio de las corporaciones es aportado por sus miembros, en las fundaciones o instituciones por su fundador o

instituidor y; d) el fin de las corporaciones lo establecen sus miembros, que se supone es común a todos ellos, y en las fundaciones o instituciones es fijado por el fundador o instituidor.

Es preciso poner de relieve que en la apreciación del carácter práctico de esta clasificación hay que tener muy en cuenta su carácter bastante relativo, pues como enseña el autor español antes citado, si bien anteriormente la ubicación de una persona jurídica en cualquiera de las dos categorías tenía las consecuencias jurídicas previstas dentro del ordenamiento jurídico, hoy en día el proceso de tipificación normativa de las personas jurídicas, ha conducido a regulaciones muy variadas, que permite que quienes piensen constituir una persona jurídica adopten cualquiera de esas múltiples tipificaciones, lo que impone el régimen jurídico que corresponda a la forma de personificación seleccionada, por lo que la clasificación bajo examen resulta irrelevante a esos efectos. Aunado a lo anterior esos tipos de personas jurídicas se han flexibilizado, en el sentido de combinar elementos de una u otra categoría, de tal manera que la constitución de las personas jurídicas puede ajustarse lo más posible a las conveniencias de los interesados; de allí entonces la aludida significativa relativización de la clasificación de las personas jurídicas en corporaciones o asociaciones y fundaciones o instituciones.

A pesar de la anterior dificultad, la doctrina siguiendo la anterior división de las personas jurídicas, y lógicamente sobre la misma base conceptual, ha construido una clasificación de las personas jurídicas públicas no territoriales, en forma idéntica, agregándole el adjetivo público, dando lugar así a los entes públicos corporativos y a los entes públicos fundacionales. Por supuesto que la escogencia de ese camino impone que en cada ordenamiento se contextualice el uso de cada una de las categorías que integran la clasificación, tomando muy en cuenta la tipificación, sobre todo en el campo del Derecho Público, derivada del Derecho positivo, de cada persona jurídica, así como de la flexibilización contenida en las disposiciones pertinentes. De ese modo cobra importancia, no sólo didáctica sino también científica, la clasificación de las perso-

nas jurídicas no territoriales, en corporativas y fundacionales. Además al estar incluidos en la misma todos los entes públicos no territoriales, a los fines del desarrollo del presente trabajo, se torna innecesario aludir a los que resultan de las restantes clasificaciones de este mismo sector, tales como entes públicos económicos, entes instrumentales, auxiliares, autónomos, establecimientos públicos, entes empresariales, etc., los cuales serán examinados, si así lo impone el orden de la exposición, en el punto relativo al régimen de los entes públicos en Venezuela.

8.4.3. **Personas Jurídicas Estatales y no Estatales.** Pese a lo expuesto en la última parte del párrafo anterior nos referiremos a la clasificación mencionada en el epígrafe, porque pese a no tener mucho arraigo doctrinario en el Derecho Comparado, en Venezuela sí ha recibido una recepción considerable, inclusive una de sus categorías aparece consagrada en la propia Constitución de 1999. Pues bien, esta clasificación de personas jurídicas estatales está basada fundamentalmente en el **encuadramiento o no del ente** que se pretende identificar, en la estructura organizativa del Estado u organización estatal, según la tesis manejada por MARIENHOFF (1964) y SAYAGUES LASO (1961).

Sin embargo, es precisamente la determinación precisa de la variable que le sirve de base, el primero de los problemas que confronta la tesis, pues algunos como el primer autor mencionado, se limitan a sostener que para que una persona jurídica sea estatal debe detentar los indicadores de reconocimiento de las personas jurídicas públicas, lo que conduce a sostener la equiparación entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas estatales, que el mismo Marienhoff niega categóricamente. Otros como GARRIDO FALLA (1989), sostienen que a los efectos de determinar si un ente está encuadrado en la organización administrativa del Estado, pero utilizándolo como criterio de identificación de los entes públicos, "bastará el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan a la Administración Pública de que se trate: si éstos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina denomina con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente

encuadrado en la organización estatal". Otros autores colocan como base de la definición de las personas jurídicas estatales su creación por el Estado, o la participación única o mayoritaria en la conformación de su patrimonio.

Ha de reiterarse que la clasificación suscita dudas e incertidumbres, pero se impone su examen, porque si antes aparecía respaldada fundamentalmente por un sector mayoritario de la doctrina venezolana, ahora se agrega su consagración inequívoca en el Derecho positivo, por lo menos la categoría de personas jurídicas estatales. Entre esas dudas cabe mencionar la derivada de la postura sostenida por Marienhoff y Sayagués, seguida en Venezuela por BREWER (1984) acerca de la imposibilidad, a la luz de la división en comento, de identificar todo el tiempo a las personas jurídicas estatales con las personas jurídicas de derecho público, y a las personas jurídicas no estatales, con las personas jurídicas de derecho privado, en virtud de que perfectamente una persona jurídica pública puede resultar no estatal, precisamente por no estar encuadrada en la organización administrativa del Estado, y una persona jurídica estatal puede no ser persona jurídica pública, pese a estar encuadrada en la organización estatal, en razón de haber sido creada conforme a un régimen de Derecho privado. Queda por ver si esa posición, doctrinaria después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, mantiene su basamento y permite disipar las dudas derivadas de la aludida clasificación.

8.4.4. **El Régimen Jurídico de las personas jurídicas públicas (entes públicos).** Como expresamos desde el principio del tema, la caracterización de un ente como público, en principio desencadena un régimen jurídico significativamente distinto al de Derecho común. Y aun admitiendo la problemática que suscita esa caracterización, e inclusive las razones expuestas por un sector de la doctrina que niega la existencia de una noción unitaria del ente público, la realidad concretada en el Derecho positivo demuestra que los ordenamientos continúan consagrando normativamente a las personas jurídicas de Derecho Público; de allí que

en el desarrollo del presente trabajo debamos referirnos en términos generales a los elementos fundamentales del régimen jurídico de los entes públicos, derivados del Derecho Comparado. Por supuesto, insistimos, en que se trata de rasgos generales, pues corresponderá a cada ordenamiento establecer ese régimen ajustándolo a sus circunstancias particulares, tanto fácticas como normativas.

Los referidos elementos fundamentales pueden resumirse así: a) A los entes públicos se les reconoce la potestad de **autotutela** en las diversas expresiones (carácter ejecutorio de sus actos, resolución de conflictos con los administrados, revocación y anulación de sus propios actos). Claro está que corresponderá a cada ordenamiento dada la atipicidad actual de los entes públicos, determinar si dicha potestad la ejercen de manera general, o si por el contrario, sólo es susceptible de ser ejercida en los casos taxativamente previstos en las leyes, e inclusive puede ocurrir que a determinados entes no le sea conferida. En fin, debe admitirse como principio que todos los entes públicos ostentan la potestad de autotutela, pero la modalidad o intensidad con que la detentan dependerá de la regulación contenida en el Derecho positivo; b) Los funcionarios que le prestan servicios a los entes públicos se rigen por las leyes que regulan el ejercicio de la función pública, al igual que por las convenciones colectivas nacionales de trabajo suscritas por el Estado con los sindicatos u organizaciones gremiales de funcionarios públicos; además dichos funcionarios están sujetos a un especial régimen de responsabilidad civil, penal, disciplinaria y administrativa.

c) La actividad de los entes públicos que constituye ejercicio de potestades administrativas suele estar regulada generalmente por normas especiales (leyes de procedimientos administrativos), e inclusive la actividad que desarrollan en el ámbito del Derecho privado suele estar parcialmente regulada por reglas específicas, como en el caso de la adquisición de bienes (licitación); d) Los entes públicos en su actuación son autárquicos, en virtud de que para la consecución de sus fines realizan actividades que tienen la misma naturaleza y efectos que las de la Admi-

nistración Pública; por consiguiente, dictan proveimientos administrativos; e) Los entes públicos no territoriales están sujetos a particulares relaciones con el Estado, las Regiones, Provincias, Estados o Municipios, según el caso, cuya intensidad está en función del grado de autonomía que detenten (instrumentalidad o dependencia) y; f) Los actos que dicten los entes públicos en ejercicio de potestades administrativas deben ser impugnados ante una jurisdicción diferente a la ordinaria: la jurisdicción contencioso administrativa.

8.4.5. **Actos y actuaciones más comunes mediante los cuales se expresa el control del Estado sobre los entes públicos.** Hemos sostenido que todos los entes públicos están dotados de una mayor o menor autonomía, y que son los territoriales quienes la detentan en un grado superior; en cambio, los no territoriales, la poseen en menor grado en una escala contemplada en las previsiones legales, pero siempre vinculada a la intensidad del control que ejerza el Estado, la Provincia, el Municipio, etc., sobre cada uno de ellos. La doctrina ha elaborado una lista de los actos y actuaciones más comunes, como se traduce ese control, la cual por supuesto que tiene un carácter meramente ejemplificativo, pues corresponderá a cada ordenamiento establecer en forma general los actos o actuaciones que dicta o realiza el Estado a los efectos del control sobre los entes públicos, que bien pueden algunos, todos, menos, o más, de los que a continuación se mencionan: a) Dictar las directivas que deben orientar la actividad del ente, lo cual puede hacer mediante actos generales o particulares. Debe quedar claro que no se trata de órdenes, sino de lineamientos generales que pueden ser adaptados por las autoridades del ente a las particulares circunstancias en que deban realizar las actividades que entran en su esfera de competencia. Por consiguiente, el eventual incumplimiento de esas directivas no comporta la nulidad de los actos que las contraríen, pero sí puede dar lugar a la remoción de los directivos del ente.

b) Aprobar los actos más importantes del ente, así como su presupuesto. Por supuesto que se trata de un control de legitimidad y de méri-

to sobre actos muy importantes en la gestión del ente, los cuales deben aparecer taxativamente señalados en el correspondiente ordenamiento jurídico; por tanto, no puede reconocerse a los órganos del Estado que ejercen el control un poder de sustitución o avocación en relación con los del ente, salvo que así aparezca consagrado excepcionalmente. Sin dudas que la aprobación del presupuesto es un método de control de primer orden, porque no consiste solamente en la revisión del instrumento contable, ya que mediante él se examina el programa que el ente se propone ejecutar.

c) Nombrar y remover a los titulares de los órganos directivos de los entes. Ese mecanismo de control tiene su basamento en que generalmente se trata de cargos de libre nombramiento y remoción que deben ser ocupados por personas que gocen de la confianza de las autoridades administrativas o gubernativas, que tienen atribuida esa competencia. En general la designación de estos funcionarios no está sujeta a ningún tipo de autorización o aprobación por parte de otros Poderes, pero puede ocurrir que para nombrar a determinados titulares de los órganos del ente, la Constitución o la Ley exijan la autorización del Parlamento, o de una Comisión del mismo. Igualmente ocurre con la remoción, pero puede suceder que la ley establezca un término al mandato, caso en el cual suele consagrar una especie de estabilidad temporal, cuya ruptura sólo resulta posible cuando los designados incurren en determinadas causales de destitución, que deben ser comprobadas mediante la apertura del respectivo expediente.

d) Realizar inspecciones tendentes a comprobar la regularidad de la gestión de los entes. Cabe señalar que los entes públicos suelen estar sujetos a un poder general de vigilancia por parte del órgano competente del Estado, y esa forma genérica de control suele expresarse en modalidades como las visitas de inspección, solicitudes de información, o informes particulares o generales a los directivos del ente, quienes están obligados a proporcionarla oportunamente, so pena de incurrir en sanciones.

e) Coordinar la actividad del ente público con la Administración del Estado. Este mecanismo de control tiene como finalidad intentar lograr las metas previstas en el Plan Nacional; por lo tanto, la Administración Estatal en su rol de coordinadora podrá impartir directivas al ente, y éste tendrá el deber de ajustarse a ellas, salvo causas plenamente justificadas y, f) Ejercer el control externo, por intermedio de las Cortes de Cuenta o Contralorías Generales, sobre los entes públicos. Las modalidades de ese control van a depender de lo que se establezca en cada ordenamiento, pero normalmente comprende el denominado control clásico de legalidad y el moderno control de gestión, pudiendo establecer por vía administrativa la responsabilidad civil y administrativa de los funcionarios que prestan servicios a los entes públicos.

8.4.6. **Nacimiento, modificación y extinción de los entes públicos.** En términos generales se puede afirmar que los entes públicos son creados por ley, o sobre la base de la ley, en virtud de que en la casi totalidad de los ordenamientos es una materia que entra en la reserva legal, como ocurre en Italia, país en el cual el artículo 97 de la Constitución, referido a la potestad organizativa del Estado, es decir, a la creación de órganos administrativos, ha sido interpretado en el sentido de extender esa reserva a los entes públicos. Así mismo el artículo 4 de la Ley 20 de marzo de 1975 número 70, establece "... ningún nuevo ente público puede ser creado o reconocido sino por ley". Puede ocurrir excepcionalmente que una ley califique como pública una organización creada por iniciativa privada, pero en Italia se ha destacado que el legislador no tiene la libertad para convertir en pública cualquier organización privada, pues existen límites constitucionales que protegen las formaciones sociales, la libertad de asociación y otras iniciativas privadas. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional de ese país en una sentencia de 1988, que declaró ilegítima una ley que calificaba a las obras pía y a los entes morales encargados de procurarles asistencia y educación a los pobres, como entes públicos.

Ha de destacarse que la ley que instituya un ente público debe trazar las líneas maestras de su organización, mientras el resto del diseño organizativo en sus detalles puede ser regulado mediante un instrumento de rango sublegal. Por supuesto, que como expresamos antes, la regla general es que los entes públicos sean creados por ley, pero nada obsta para que el Derecho positivo la derogue total o parcialmente, bien porque establezca su creación mediante actos de la Administración, o porque consagre la reserva legal sólo para determinados tipos de entes, permitiendo que el resto sean instituidos por actos del Poder Ejecutivo.

En lo concerniente a la modificación de los entes públicos, es preciso destacar que la misma puede afectar a su estructura organizativa, a sus funciones y al territorio. Las dos primeras variables (estructura organizativa y funciones) pueden considerarse dentro de los parámetros de funcionamiento de la Administración Pública en general, porque cuando ocurren obedecen a la idea de la racionalización y optimización de la organización administrativa; en cambio, la del territorio reviste mayor importancia porque afecta a entes territoriales, especialmente a los Municipios, como en el caso de un proceso de reordenación territorial en un Estado o Provincia, pudiendo operar una separación de una parte del Municipio o de varios, para formar uno nuevo.

Pero quizás la modificación más importante sea la conversión del ente público en privado, que examinaremos más adelante, pero más que una modificación, lo que revela es la hipótesis de extinción del ente público. Lo que sí resulta posible, por supuesto atendiendo a las previsiones legales, es la transformación de un ente público no económico en uno económico.

La extinción de los entes públicos se produce por diversos motivos, entre los cuales destacan la falta de su objeto, la imposibilidad de conseguir dicho objeto, porque se considere que las funciones de un determinado ente puedan ser perseguidas o logradas mejor por otro ente, o por la propia Administración Central, y así sucesivamente. Pero lo que

resulta relevante destacar es que la extinción, si el ente fue creado por ley, sólo puede operar mediante ley, y si es por reglamento, entonces será mediante un reglamento, y también lógicamente mediante ley, atendiendo al principio de jerarquía normativa.

Por otra parte, el propio ente por mucha autonomía que detente no puede acordar su propia extinción, en virtud de que carece de potestad para disponer de su propia existencia, a diferencia de lo que pueden hacer los privados, que están facultados para acordar su extinción por la razón o motivo que consideren más conveniente. En todo caso, esa prohibición además de derivarse del denominado principio de paralelismo de las formas, en lo concerniente al método de creación (ley o en general acto normativo), encuentra su fundamento conceptual en el deber que tiene todo ente de esta naturaleza de perseguir un interés público, el cual quedaría sin la debida tutela, debido a un acto discrecional de extinción adoptado por la propia persona jurídica pública.

La extinción del ente público tiene un carácter absoluto o casi absoluto cuando faltan el objeto, y los sujetos en caso de entes de naturaleza corporativa, los fines, las estructuras organizativas y el patrimonio. La doctrina le da esa denominación (extinción absoluta) "porque el fin es excluido de la lista de los intereses públicos" (GALATERIA, 1993). En este caso no opera la sucesión por otro ente público, aunque el patrimonio del ente extinguido sea transferido a otro, en virtud de que como sostiene el autor antes citado, no se trata de una transferencia a título sucesoral, sino más bien de una atribución patrimonial "ex novo", pues si el fin público ha desaparecido carece de sentido predicar que la transferencia patrimonial tiene como finalidad lograr que el ente a quien se transfiere el patrimonio, continúe tutelando los intereses públicos asignados al ente extinto.

En cambio, si opera la sucesión entre entes públicos cuando una vez que se produce la extinción del ente público, son transferidos total o parcialmente a otro ente público, el fin, las estructuras organizativas y el patrimonio. Se ha discutido si en realidad se trata de una verdadera suce-

sión en los términos contemplados en el Derecho Privado, o si más bien se trata de una operación jurídica peculiar, que si bien está orientada por los principios del Derecho Sucesoral, sustantivamente puede ser regulada por el Derecho Público. Al parecer esta última tesis cuenta con mayor apoyo doctrinario, pues ordinariamente ocurre que el instrumento normativo mediante el cual se declara la extinción contiene normas específicas que establecen el procedimiento de la sucesión, de tal manera que ellas privarán sobre las del Código Civil, las cuales tendrán carácter supletorio. Precisamente en ese tipo de normas se estila ordenar el respeto a los reglamentos dictados por el ente extinto, y a los derechos adquiridos del personal que se transfiere.

La extinción puede ser instantánea o diferida. La primera forma comporta la transferencia inmediata del fin, de las estructuras organizativas y del patrimonio al otro ente, quien se encarga de las relaciones pendientes del ente extinto. La segunda forma, supone una fase de transición antes de la total extinción, durante la cual se realiza la liquidación del ente, y éste cambia de estatus, en virtud de que no puede continuar actuando para el logro de sus propios fines y tampoco puede realizar ningún tipo de operaciones, salvo las relativas a las relaciones pendientes, de tal manera que al ente sucesor se le transfiere lo que resulte del proceso de liquidación. En fin, la parte medular de la extinción de los entes públicos debe ser regulada por normas de Derecho Administrativo, y aunque en la mayoría de los casos resulta una facultad del legislador, la misma aparece condicionada por los límites constitucionales, sobre todo en el caso de los entes públicos corporativos.

8.4.7. **Los límites de la capacidad de los entes públicos.** A diferencia de las personas jurídicas privadas que tienen una capacidad jurídica general, que les permite actuar en el tráfico jurídico sin más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento (todo lo que no está prohibido está permitido), se puede decir que los entes públicos tienen una capacidad de Derecho Público que es igual a la suma de potestades públicas que le confiere el ordenamiento, razón por la cual el ejercicio de esas potestades delimita su capacidad.

Lo antes expuesto no es más que el trasunto del principio de legalidad que informa la actuación de toda la Administración Pública, de tal suerte que la capacidad de cada ente público estará determinada por la legalidad que le sirve de sustento, lo que revela que puede ser diferente entre un ente y otro, y entre clases de entes similares, configurándose de esa manera un cuadro muy diverso, que conduce al estudio de la capacidad de los entes públicos caso por caso, sin que esto signifique que el legislador esté impedido de establecer una disciplina unitaria en esta materia para determinadas categorías, verbigracia para los denominados entes públicos municipales.

Resulta obvio que si la capacidad de los entes públicos es diferente de la de Derecho privado, porque está construida sobre un marco conceptual distinto (el reseñado en el párrafo anterior), que la misma tenga límites que no presenta la de Derecho privado, entre los cuales cabe destacar el principio de legalidad, en virtud de que las Constituciones imponen a la Administración Pública el deber ineludible de actuar con sujeción a la ley y al derecho; por tanto, en acatamiento del principio de legalidad, basado en la tesis de la vinculación positiva, únicamente pueden actuar cuando estén autorizados por una norma legal, de tal suerte que cualquier acto que adopten necesariamente debe estar fundamentado en una regla de derecho, independientemente de su rango; o en el mismo principio, pero sustentado en la tesis de la vinculación negativa, caso en el cual tal apoderamiento legal solamente será requerido para emanar actos ablatorios, en términos de la doctrina italiana, o actos de la administración de limitación, en términos de la doctrina alemana.

Otro límite a la capacidad de los entes públicos está constituido por lo que GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) denomina la "adherencia al fin", dado que las potestades que se les atribuyen son para el logro de un fin concreto que necesariamente deben perseguir. Pues bien, si esa persecución es de un fin distinto al previsto en la norma, se producirá una violación al referido límite, dando lugar inclusive al vicio denominado desviación de poder. El tercer límite está constituido por la repartición

de competencias que aparece establecida tanto en la Constitución como en las leyes, en razón de que dicha repartición impone restricciones derivadas de cada uno de los ámbitos competenciales delineados legalmente, sobre la base de las variables materias, territorio, grado y tiempo. De modo, pues, que todo ámbito competencial de un ente público, constituye un límite al ejercicio de la capacidad de los restantes entes públicos, salvo las excepciones derivadas de fórmulas organizativas como la delegación, la avocación y la revisión.

8.5. **La privatización de los entes públicos.** Sin dudas que la evolución que condujo a la forma de Estado Social y de Derecho que caracteriza a la mayoría de los países del mundo occidental impuso una intervención acentuada de los órganos estatales en todos los órdenes de la sociedad, pero especialmente en la variable económica, para lo cual mediante la fórmula organizativa de la descentralización funcional creó los denominados por la doctrina entes públicos económicos. Otras veces el origen de esos entes estuvo en una coyuntura económica mundial, como en el caso de Italia que debido a la depresión económica de 1929, creó para hacerle frente a esa crisis el Instituto de Reconstrucción Industrial, o como las nacionalizaciones ocurridas en Francia después de la Segunda Guerra Mundial. Lo cierto es que en la mayoría de esos países existían múltiples entes públicos de naturaleza económica, así como de previsión social, y a partir del año 1990 se impone en casi todo el mundo occidental la corriente de la privatización, originada por muchos factores, pero sobre todo por la preponderancia que cobra la doctrina del neoliberalismo económico en el marco de las políticas públicas.

Es así como ese proceso de privatización de los entes públicos en algunos países se cumple por fases, a saber: una primera fase de privatización meramente formal que consiste en transformar el ente público en una persona jurídica de derecho privado, generalmente en una sociedad anónima, reservándose el paquete accionario el Estado, y una segunda fase de privatización material, que consiste en que el control de la sociedad, mediante la adquisición del paquete accionario, o la mayoría del

mismo, pasa del Estado o de una persona jurídica pública a una persona privada. De modo, pues, que en este esquema la privatización formal viene a ser una fase instrumental para el logro de la privatización sustancial o material. Por supuesto que esta última forma de privatización puede operar directamente cuando se trata de un ente público constituido como sociedad anónima.

Finalmente, conviene traer a colación la preocupación manifestada en España por GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), con el abuso en la privatización formal de varios entes públicos, no con la intención de transferirlos a sujetos privados, sino para someterlos al régimen de Derecho privado, con la finalidad de lograr una flexibilización en su funcionamiento, al excluirlos del régimen de Derecho público al que estaban sometidos, y de esa manera lograr optimizar la consecución de los fines estatales que tienen asignados. Dicho autor en ese sentido concluye que con esas privatizaciones "se está articulando una acción deliberada de **huida del Derecho Público**, usando la técnica de personas jurídicas instrumentales. Pero es obligatorio preguntar si ese resultado, claramente pretendido, es o no legítimo, o más simplemente, jurídicamente posible".

Cabe señalar que algunos autores ante esta interrogante sostienen que existe una "reserva de Administración o de Derecho Administrativo, por consiguiente cualquier intento del legislador de eludir esa reserva en favor de entes especiales para someterlos a otro régimen sería inconstitucional". En ese mismo orden de ideas el mismo profesor GARCÍA DE ENTERRÍA se responde la interrogante, afirmando que ni el legislador ni mucho menos la Administración pueden dispensar a una organización inequívocamente pública, aunque esté personificada privadamente, de los deberes y vínculos que le impone la Constitución. Y a los fines de abonar en su tesis expone:

> *"Un empresario o una persona privada puede dilapidar, si quiere, su patrimonio, favorecer con él a sus amigos, asumir los riesgos que desee, no contabilizar sus cuentas, elegir como*

quiera a sus empleados o a sus contratistas, etc. Un 'poder público' (concepto material que utiliza la Constitución y que excluye cualquier camuflaje convencional autodecidido), no puede hacer nada de eso, porque tiene expresamente proscrita la actuación arbitraria (Art. 9.3), porque tiene la obligación de promover que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos (del grupo de ofertantes posible de los contratos, por ejemplo) sean reales y efectivas (Art. 9.2), porque les vinculan todos los derechos y libertades (Art. 53.1), porque están sometidos al derecho presupuestario (Art. 134.2.), y a la censura del Tribunal de Cuentas (Art. 136), porque manejan fondos públicos, además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados, porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad a servir a los intereses generales (Art. 103.1), porque han de someterse a ciertos principios del Derecho Administrativo (Art. 105), y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican (Art. 106.1).

De manera especial hay que subrayar que es la ***legalidad*** *(arts. 9.3. y 106), y no libertad lo que está en la base de actuación de los poderes públicos, y que ello no es prurito de los juristas, como alguien podría creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo, en cuanto que la Ley es la expresión de la voluntad popular, única legitimada para el mando, la democracia es inexcusablemente,* ***governement by laws, no by men****".* (énfasis añadido).

Contrario a nuestra costumbre he querido copiar textualmente esta larga cita del Profesor español E. GARCÍA DE ENTERRÍA, porque en primer lugar, comparto plenamente los razonamientos para rechazar la práctica abusiva de transformar entes de derecho público en entes de derecho privado, con la finalidad de "huir de las regulaciones del Derecho Público", que en realidad, debemos reconocerlo no es el caso de Venezuela, y en segundo lugar, porque constituye una excelente pieza en

defensa de la legalidad formal y sustantiva, sobre todo en materia de toma de decisiones por parte de la Administración del Estado, en las que juegan un papel relevante los fondos públicos, como son por ejemplo la tendencia a imponer en los bancos del Estado la exoneración del cobro de intereses por préstamos que se hagan a determinada categoría de ciudadanos, así como las hipotéticas decisiones relativas a la constitución y creación de bancos destinados a atender sectores corporativos, en detrimento del principio de competencia, y sobre todo del principio de igualdad, o garantía de no discriminación, que como se sabe es un derecho fundamental consagrado en la Constitución de 1999.

8.6. **El régimen de las Personas Jurídicas Públicas (entes públicos) en Venezuela.**

8.6.1. **Premisa introductoria.** Debemos empezar señalando que antes y después de la vigencia de la Constitución de 1999, no existía ni todavía existe en el país ningún desarrollo doctrinario de carácter general sobre los entes públicos, ni tampoco jurisprudencial. En cambio, si han sido publicadas pocas (dos o tres) pero muy buenas monografías, sobre las modalidades de personificación más importantes de las personas jurídicas públicas, esto es, los institutos autónomos y las empresas públicas. Si bien, ese poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial pudo tener su justificación en la casi inexistencia de previsiones normativas constitucionales en la materia, al punto que en el texto de 1961 apenas aparecían regulados los institutos autónomos en un sólo artículo (230) de manera casi telegráfica, sin que durante la vigencia de la misma, pese a los múltiples proyectos presentados al Parlamento, lograse ser sancionada la tan necesaria Ley Orgánica de la Administración Descentralizada. De modo, pues, que la disciplina de los institutos autónomos era delineada en cada una de las leyes de creación, complementándose con disposiciones generales, de carácter puntual, aplicables a toda esta categoría de entes públicos, tales como las contenidas en las Leyes Orgánicas de Crédito Público, de Salvaguarda del Patrimonio Público, de Contraloría General de la República y de Régimen Presupuestario, entre las más importantes.

Por otra parte, tampoco han recibido desarrollos doctrinarios, en su carácter de entes públicos no territoriales, modalidades específicas de éstos, que ya estaban contempladas en el artículo 19 del Código Civil (norma sobre la plurisubjetividad) de 1942, reformado en 1982, tales como las universidades y las iglesias, así como tampoco otras personificaciones a las cuales doctrinaria y jurisprudencialmente se les ha reconocido su carácter de ente público, entre las cuales cabe mencionar a los colegios profesionales y a las academias científicas.

Pero la situación cambia radicalmente desde el punto de vista normativo después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, en virtud de que en el texto de la misma se alude directa o indirectamente bajo veintitrés distintas denominaciones, en más de cuarenta artículos, a la noción de **ente público,** lo que razonablemente permite suponer que los escenarios legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales también se modificarán, debido a que se impone buscarle un hilo conductor a ese confuso panorama de las personas jurídicas públicas dibujadas por el texto constitucional, producto del uso indiscriminado, y sin orden lógico ni conceptual, de locuciones referidas a la idea de persona jurídica de derecho público o de ente público.

Por lo pronto, nosotros con las reservas del caso, dadas las dificultades antes señaladas, nos vemos casi constreñidos para poder continuar con la elaboración del Manual, a tratar de elaborar unos lineamientos generales sobre los entes públicos, tomando como bases la Constitución, las previsiones puntuales de rango legal y el poco desarrollo teórico que existía hasta que cesó en su vigencia la Constitución de 1991. Por lo tanto, debe entenderse que presentaremos proposiciones preliminares, ayudados de manera muy especial por el marco conceptual acerca de los entes públicos que elaboramos en la primera parte de este trabajo (puntos 8.1. a 8.5).

8.6.2. **El Planteamiento histórico.** Hay que comenzar señalando que pese a la indicada inexistencia de una disciplina legislativa general

sobre los entes públicos, y al poquísimo desarrollo doctrinario acerca de específicas modalidades de los mismos, resulta paradójico que las primeras expresiones normativas venezolanas versaran sobre el concepto general de las personas jurídicas de derecho público. En efecto, ya en el Código Civil de 1862, en tres de sus artículos aparecía la expresión **establecimiento público**, con la connotación de personificación, pero a diferencia de Francia, de naturaleza privada y no pública. Debe tenerse presente al examinar esta coyuntura histórica legislativa, que el concepto de establecimiento público, había sido acuñado en el mencionado país apenas diez años antes. En tal sentido afirma CABALLERO ORTIZ (1984) que el motivo de esa recepción tan rápida del término, que no de la concepción originaria, tal vez haya tenido su origen en la tendencia que privaba en esos tiempos en Venezuela, de copiar legislación extranjera, especialmente proveniente de los países europeos.

Sin embargo debe reconocerse que el hecho histórico legislativo relatado anteriormente no tuvo ninguna relevancia en el tratamiento o regulación de los entes públicos en Venezuela, ni legislativa, ni doctrinaria ni jurisprudencialmente, en virtud de que no es sino hasta el año 1928, cuando por primera vez se crean por medio de sendas leyes especiales el Banco Obrero y el Banco Agrícola y Pecuario, bajo la forma de **institutos autónomos**, sobre la base, sostiene el mismo autor antes citado, de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que había sido reformada ese mismo año, pero con posterioridad a la sanción de las mencionadas leyes, para que la nueva personificación jurídica encontrara su sustento legal.

Puede decirse que a partir de esa fecha se sigue una línea continua en la creación de institutos autónomos, concebidos como una forma de descentralización funcional, para atender fundamentalmente los sectores de los servicios públicos, industrial y crediticios, entre otros. En esta línea argumental es posible erigir en una variable a los fines del examen de la situación durante el período que va desde 1928 a 1961, año en que se sanciona la Constitución derogada, a la competencia para crear a esos

institutos autónomos. En efecto, como se sabe en un principio dicha competencia estaba atribuida al Parlamento, en razón de que los dos primeros fueron creados mediante ley, pero posteriormente por vía indirecta pasa en la práctica al Ejecutivo Nacional, lo que le permitía crearlos mediante reglamentos, y en los tiempos inmediatos a las interrupciones de la normalidad constitucional, mediante decretos derivados de las Actas de asunción del Poder (1945, 1948). A partir de 1961 la Constitución consagra de manera categórica que la creación de institutos autónomos es materia de estricta reserva legal.

De otra parte, debe advertirse que al lado de los institutos autónomos que pueden considerarse como la expresión más emblemática de los entes públicos venezolanos hasta el año 1999, era posible encontrar referencias puntuales, e inclusive discutibles, a figuras que en otros ordenamientos se conocen como entes públicos, con forma de sociedades anónimas. Algunos de ellos revestían ese carácter porque las propias leyes de creación así lo expresaban claramente, como el Banco Central de Venezuela, hasta la sanción de la Ley de 1992, y otros cuya naturaleza pública se derivaba exclusivamente del hecho de haber sido creados mediante ley, tales como el Banco Industrial de Venezuela, y el extinto Banco de Desarrollo Agropecuario.

Al lado de las anteriores, estaban consagradas legislativamente otras modalidades de entes públicos, como las universidades nacionales y las iglesias, calificadas como tales por el artículo 19 del Código Civil de 1942, reformado parcialmente en 1982, los colegios profesionales, en cuyas propias leyes de creación eran y son definidos como tales, los institutos de previsión social, también creados por ley, pero que ante el silencio de la misma, han sido calificados por la doctrina y la jurisprudencia también como entes públicos, y finalmente las academias científicas.

Es precisamente el examen de esa multiplicidad de modalidades de entes públicos, que de paso encuentran sustento en el derecho preconstitucional, de las nuevas previsiones contenidas en la Constitución de 1999,

de las leyes que eventualmente puedan haber sido sancionadas a los fines de su desarrollo, del escaso marco doctrinario y jurisprudencial nacional, y por supuesto del marco conceptual que constituye la primera parte de este capítulo, lo que nos permitirá formular los lineamientos generales sobre los entes públicos en Venezuela, por supuesto con un carácter preliminar, pues insistimos en que será la dinámica de la aplicación constitucional, por vía normativa, doctrinaria y jurisprudencial, la que permitirá darle al tema un tratamiento que tienda hacia la suficiencia.

8.6.3. **Hacia la búsqueda de la expresión que englobe a todas las modalidades o figuras que pueden adoptar las personas jurídicas de derecho público (genérica).** En principio hay que señalar que la tendencia en el Derecho Comparado, como quedó demostrado en la primera parte del Capítulo, apunta a que esa expresión globalizadora sea **ente público**, porque el sustantivo abarca a cualquier figura subjetiva prevista en la norma reguladora del elemento plurisubjetivo del Ordenamiento General (Estado), y el adjetivo denota la idea de la tutela de intereses públicos, o del interés general, de tal manera que desde el punto de vista de la Teoría de la Organización, la referida expresión tiene tal amplitud conceptual, que permite que en la misma quepan todas y cada una de las figuras que el Derecho positivo ha personificado bajo distintas denominaciones en el ámbito del Derecho Público, desde la clásica persona jurídica territorial hasta la empresa mercantil de naturaleza pública.

Pero el hecho incontestable de que en el Derecho Comparado esa expresión genérica sea la de **ente público,** no significa que deba ser adoptada sin más por todos los ordenamientos jurídicos, pues es bien sabido que al fin y al cabo lo que tiene primacía en un Estado es su Derecho positivo, por sobre cualquier Derecho, jurisprudencia o doctrina extranjeros, por muy reputados que sean éstos. Al respecto debemos recordar que en el año 1995, cuando abordamos este tema en nuestro libro Lineamientos de Derecho Administrativo llegamos a la conclusión, a la luz del estudio de la Constitución de 1961, que la expresión debía ser "persona jurídica de derecho público". Por lo tanto, ante la nueva situación deriva-

da de la vigencia de la Constitución de 1999 se impone la búsqueda de esa expresión genérica y así poder determinar si en Venezuela coincidimos o diferimos de la aludida tendencia presente en el Derecho Comparado.

8.6.3.1. **La regulación en la Constitución de 1999.** El examen del texto constitucional revela una total falta de sistematización y uniformidad en el tratamiento del asunto, tanto en lo que concierne a la denominación de ese componente del elemento plurisubjetivo del Estado, como en lo relativo a su noción conceptual. Esto es tan cierto que utiliza veintitrés denominaciones distintas, en cuarenta y tres dispositivos diversos para referirse a las personas jurídicas de derecho público, de manera expresa o implícita, directa o indirecta, tal como se demuestra a continuación: 1) **ente público** (266.4); 2) **ente penitenciario** (272); 3) **ente rector** (292); 4) **ente creado para el manejo de la industria petrolera** (303); 5) **entes políticos territoriales** (180); 6) **entes públicos territoriales** (170); 7) **entidades** (111, 142, 125, 150, 159, 164.2; 167.4; 169; 172; 173; 185; 187.9; 266.4; 287; 289.3; 289.5; 293.6; 300); 8) **empresas del Estado** (189, 1, 3); 9) **empresas públicas** (184,4); 10) **empresas nacionales públicas y privadas** (301); 11) **empresas comunales** (184.5); 12). **institutos autónomos** (142, 189.1, 189.3); 13) **organismo público** (319); 14) **órganos públicos** (281,10); 15) **persona jurídica de derecho público** (318, 322); 16) **personas jurídicas estatales** (180, 190); 17) **personalidad jurídica "plena"** (159); 18) **personalidad jurídica**; (168); 19) **personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales** (145); 20) **personas jurídicas del sector público** (289,3); 21) **órganos, entidades y personas jurídicas del sector público** (289.5); 22) **entidades del sector público** (67), 23) **sector público** (97 ,111, 67, 96).

8.6.3.2. **La regulación en normas de rango legal (La novísima Ley Orgánica de la Administración Pública).** También las leyes, casi todas preconstitucionales, y sólo una postconstitucional, se refieren en forma asistemática a las figuras bajo estudio. A continuación aludiremos

en forma resumida a los esquemas normativos de los principales textos legislativos, a saber: Código Civil de 1942, reformado en 1982, el cual en su artículo 19, define como **personas jurídicas de derecho público** a la nación, y a las entidades que la componen, las iglesias y las universidades; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Art. 4, parágrafo único), la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (art. 4, ordinal 3°), la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (art. 59), Código Civil (art. 538, 1000 y 1482,4) y el Código de Procedimiento Civil (art. 268 y 287), consagran la figura del **establecimiento público**; la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público del 2000 (art. 6, numeral 7), además de referirse a los entes públicos territoriales y a los institutos autónomos consagra por primera vez a la categoría de **las personas jurídicas estatales de derecho público**, las distintas leyes de colegiación profesional que se mantienen en vigencia, conforme a la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Constitución, hasta tanto se sancione la legislación contemplada en el artículo 105 ejusdem, todas las cuales configuran a los respectivos colegios profesionales como **personas jurídicas derecho público**; al igual que las distintas leyes que regulan a las Academias (Historia, Ciencias Políticas y Sociales, Lengua, etc.), que les confieren a estas instituciones carácter de **personas jurídicas de derecho público**. Esta misma expresión (personas jurídicas de derecho público) aparece en las Leyes Orgánicas de Régimen Presupuestario (art. 1 num. 3), de Salvaguarda del Patrimonio Público (art. 4, ord. 3°), y de la Contraloría General de la República (art. 5, num. 3).

De modo, pues, que en los textos legislativos preconstitucionales la expresión más utilizada era y es la de **persona jurídica de derecho público**, lo que por los demás resultaba congruente con la disposición contenida en el articulo 124 de la Constitución derogada, la cual prescribía: “Nadie que esté al servicio de la República, de los Estados, de los Municipios y **demás personas jurídicas de derecho público** podrá celebrar contrato alguno con ellos .....”, y dada la ubicación del dispositivo normativo transcrito, en el texto constitucional, así como su “ratio” era

dable pensar que en el mismo estaba contenida la expresión rectora del Ordenamiento Jurídico venezolano en materia de entes públicos, en virtud de que la expresión persona jurídica de derecho público era utilizada por el constituyente para referirse al **género,** en el que cabían personas jurídicas territoriales (la República, los Estados y los Municipios), y todas las otras no territoriales, pues así se desprendía de la expresión **y demás,** que seguía después que se enumeraba a los entes públicos territoriales (República, Estados y Municipios) ya que incluía, lógicamente, tanto a dichas personas jurídicas de derecho público territoriales, como a las restantes presentes en el Ordenamiento Jurídico venezolano, en las cuales el elemento territorial no se erigía en la base de su existencia.

Sin embargo, esa tesis interpretativa requirió que se le hiciese una corrección, o mejor dicho una adaptación al contexto en el cual aparecían mencionadas las personas jurídicas de derecho público, en virtud de que la **prohibición de contratación** con las mismas sólo podía estar referida a aquellas personas jurídicas "encuadradas en la estructura organizativa del Estado", mas no a las que estaban fuera de dicha estructura, verbigracia los colegios profesionales y las academias científicas. Por consiguiente, la expresión personas jurídicas de derecho público, tal como aparecía mencionada en el articulo 124 de la Constitución de 1961, pese a referirse al género de los entes públicos, y diríamos que a la inmensa mayoría de ellos, excluía a los que no se insertaban en la estructura organizativa del Estado, razón por la cual si bien era la más genérica, no lo era totalmente.

Como expusimos en el Capítulo anterior, en el mes de septiembre de 2001 la Asamblea Nacional sancionó la **Ley Orgánica de la Administración Pública** (LOAP), con el objeto de establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, siendo su ámbito de aplicación total en la Administración Pública Nacional, y parcial en las Administraciones Estadales, Distritales y Municipales, concretamente los principios y normas que rijan a la Administración en sentido general, y las disposiciones que expresamente regu-

len a dichas Administraciones. Precisamente en el Título II denominado **"Principios y bases del funcionamiento y organización de la Administración Pública**", en el artículo 16 cuyo epígrafe recibe la denominación "El ejercicio de la potestad organizativa y las definiciones organizacionales", el legislador en el primer aparte de dicho dispositivo acoge la tesis predominante en el Derecho Comparado, al establecer que el término unitario o globalizador es el de **ente**, al prescribir que "Tendrá el carácter de **ente** toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia, distinta de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios".

Debemos aclarar que tal como aparece redactada la norma, e interpretada la misma en el contexto del marco conceptual de la fórmula organizativa de la descentralización funcional, el término ente abarca también a las personas jurídicas estatales que tienen carácter privado, y por tanto se extiende tanto a entes públicos como privados estatales. No obstante, como el término se mantiene a lo largo de todo el texto legal, en cierto sentido contrapuesto al de órgano, cuando se procede a su contextualización es fácil colegir que se refiere a **entes públicos**. Así por ejemplo el artículo 16, regula los requisitos para la creación, modificación y supresión de los órganos y entes, y en su primer aparte pauta que la supresión o modificación de los entes –y les da incorrectamente el calificativo de "administrativos"– deberá adoptarse mediante actos que tengan el mismo o un rango normativo superior al de aquellos mediante los cuales se crearon o modificaron.

De modo, pues, que el citado precepto no hace más que respetar el principio de reserva legal que cobija a la creación y supresión de entes públicos, el cual en cambio no se extiende a las personas jurídicas estatales de derecho privado. Esa diferencia revela que la ley pretende referirse a los **entes públicos**, o sea, a los que requieren para su creación o supresión una ley formal o un decreto con rango de ley.

De otro lado, esa diferencia se nota más aún cuando la LOAP, erige en figura emblemática de los entes públicos a los **institutos autó-**

nomos, de los cuales traza los lineamientos constitutivos de su disciplina general en los artículos 95, 96, 97, 98 y 99, dentro de los cuales cabe destacar su naturaleza fundacional, la exigencia de la ley para su creación, los privilegios y prerrogativas de que disfrutan, la sujeción a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y la necesidad de una ley especial para su supresión, y al mismo tiempo dicho texto legislativo erige como figura emblemática de las personas jurídicas estatales de derecho público, a las **empresas del Estado**, a las cuales también delinea su disciplina general en los artículos que van del 100 al 107. Por tanto, parece indudable que la LOAP asume la posición de adoptar el término **ente público** para englobar a todas las modalidades de personas jurídicas de derecho público que existen en el ordenamiento jurídico venezolano.

8.6.4. **Determinación constitucional de la expresión más genérica sobre las personas jurídicas de derecho público (entes públicos).**

8.6.4.1. **Hacia una agrupación nominal de las expresiones utilizadas en la Constitución de 1999.** En primer lugar, por razones meramente didácticas, consideramos necesario a los fines de enhebrar lo que podía denominarse el desarticulado discurso constitucional sobre las personas jurídicas de derecho público, tratar de agrupar las aludidas veintitrés denominaciones. En ese orden de ideas cabe observar que el grupo más grande es el que se corresponde con **ENTE PÚBLICO-ENTIDAD PÚBLICA**, que incluye ente público, ente rector, ente penitenciario, ente creado para el manejo de la industria petrolera, ente político territorial, ente público territorial, y entidades públicas. El segundo se corresponde con la denominación **PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO**, que incluye persona jurídica de derecho público, persona jurídica estatal, persona jurídica plena, personas jurídicas de derecho público y persona jurídica de derecho privado estatales, persona jurídica del sector público, institutos autónomos; el tercer grupo se corresponde con la denominación **EMPRESAS DEL ESTADO-EMPRESAS PÚBLICAS**, que incluye empresas del Estado, empresas públicas, empresas nacionales públicas y privadas, empresas comunales; y finalmente el cuarto gru-

po que se corresponde con la denominación **ÓRGANO-ORGANISMO PÚBLICO**, que incluye organismo público, órgano público y órgano del sector público.

8.6.4.1.1. **El posible criterio unificador del primer grupo (ente público-entidad pública).** Es necesario destacar que a diferencia de la situación que se presentaba hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, caracterizada porque la expresión **ENTE PÚBLICO**, tenía en el Ordenamiento Jurídico un carácter exclusivamente doctrinario, y en menor medida jurisprudencial, pues como quedó demostrado en el acápite 8.6.3.2. estaba ausente totalmente de la Constitución de 1961 y del resto de las leyes vigentes hasta 1999. Conviene hacer notar que esa ausencia se extiende hasta el mes de septiembre de 2001, pese a su frecuencia en el texto constitucional, cuando es sancionada la Ley Orgánica de la Administración Pública, la cual constituye un desarrollo legislativo de los indicados preceptos de la Carta Magna.

Ahora bien, tal como ha sido expuesto por la doctrina extranjera la expresión "ente público" es la que mejor refleja en la Teoría de la Organización el componente del elemento plurisubjetivo del Ordenamiento General (Estado), que se corresponde con las denominadas figuras subjetivas públicas por la doctrina italiana, en el marco de la teoría de los ordenamientos jurídicos antes expuesta, pues alude a cualquier entidad subjetiva, distinta al hombre, la cual es reconocida como tal en el ordenamiento jurídico. Sin dudas que esa misma definición es válida para la otra denominación clásica, esto es, la "persona jurídica de derecho público", e inclusive para la de "establecimiento público", y menos válida para empresa pública, instituto autónomo u organismo público, que parecieran más bien, como lo precisaremos más adelante, modalidades o especificaciones nominales, de cualquiera de las tres antes mencionadas, es decir, especies de las que pretenden ser genéricas.

Por tanto, si ente público y personas jurídicas de derecho público, además de ser denominaciones clásicas, desde el punto de vista doctrina-

rio, encuentran consagración en la Constitución, lo que corresponde a la luz de ese texto, es ver cuál de las dos es más genérica, o dicho de otra manera, de mayor amplitud conceptual, de modo que pueda devenir en un criterio de corte operacional que ayude en la comprensión de la institución de los entes públicos en Venezuela, la cual como también ocurre en otros ordenamientos está caracterizada por su atipicidad.

En ese orden de ideas es preciso afirmar que pueden obedecer a la connotación de ente público, que incluye tanto a los entes territoriales como no territoriales, las siguientes expresiones constitucionales: a) Lógicamente, en primer lugar la propia denominación **ente público**, contemplada en el artículo 266, num. 4, en virtud de que claramente se refiere a la República, los Municipios y los Estados (entes territoriales), así como a cualquier otro ente público, que por exclusión debe considerarse como no territorial, b) **ente penitenciario** (art. 272), pues la redacción que lo contiene ("El Estado propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo"), conduce a postular que pretende referirse a un ente no territorial, es decir, descentralizado funcionalmente, que bien podría ser un instituto autónomo. Precisamente la utilización de este último adjetivo es lo que permite pensar que debe tener carácter público, pues sin el mismo podría perfectamente ser no público (estatal), aunque lo crease el Estado.

c) **Ente creado para el manejo de la industria petrolera (art. 303).** Tal como aparece en el esquema constitucional no es posible concluir inequívocamente que dicho ente deba tener carácter público, además la práctica y la experiencia organizativa en relación con esa materia pareciera indicar que se trata de un ente privado; d) **entes políticos territoriales** (art. 180) y **entes públicos territoriales** (art. 170), aluden a los entes territoriales previstos en la Constitución, razón por la cual no cabe duda que tienen carácter público. En cambio no reviste el significado de persona jurídica la expresión **ente rector (292)**, porque su utilización revela una impropiedad conceptual, en virtud de que la Constitución en realidad lo que pretende es erigir al Consejo Nacional Electoral en el

órgano rector del Poder Electoral, existiendo una significativa diferencia entre órgano y ente, como lo veremos más adelante.

e) **ENTIDADES PÚBLICAS**, la expresión es idéntica a la de ente público, únicamente que es utilizada recurriendo al género femenino, no obstante, debe observarse que está presente en dieciocho artículos diferentes de la Constitución; por lo tanto, resulta acertado pensar que en algunas oportunidades pueda en el contexto constitucional distanciarse de la connotación antes expuesta; de allí que en forma sucinta expresemos en cada caso el significado que, en nuestro criterio, reviste. Así el artículo 111 constitucional habla de **entidades deportivas del sector público**, las cuales son contrapuestas en el dispositivo constitucional a las del sector privado, lo que revela que deben detentar carácter público, pero en estricta puridad, como lo veremos al examinar el concepto de **sector público**, podrían también llegar a revestir carácter privado.

El artículo 142 contempla a las **entidades de cualquier naturaleza** que tutelen intereses públicos, a los fines de someterlas a control por parte del Estado, razón por la cual no son inexcusablemente públicas, pudiendo tener en consecuencia carácter privado; los artículos 125, 159, 167, num. 4 y 172, aluden a **entidades federales**, por tanto, al ser entes territoriales, deben considerarse de carácter público; los artículos 150 y 187, num. 9, se refieren a las **entidades oficiales extranjeras**, razón por la cual el carácter oficial de las mismas conduce a reputarlas como públicas; los artículos 164, num. 2, 169 y 173, aluden a **entidades locales municipales** (territoriales), por lo que tienen carácter público; el artículo 185 alude a **entidades públicas territoriales**, es decir, a todo tipo de ente público territorial, por lo que sin dudas revisten carácter público; el artículo 287 regula **las entidades** sujetas al control de la Contraloría General de la República, por tanto, pueden tener carácter público o privado; el artículo 289, en sus numerales 3 y 5, fija las modalidades de control ejercidas por la Contraloría General de la República, sobre las **entidades del sector público**, motivo por el cual éstas pueden revestir, según el caso, carácter público o privado; el artículo 293, num. 6, que se

refiere a las **entidades**, cuyas elecciones pueden ser organizadas por el Consejo Nacional Electoral, permite interpretar que pueden tener carácter público o privado, según la entidad de que se trate; y el artículo 300 está referido a **entidades funcionalmente descentralizadas**, con la finalidad de realizar actividades sociales o empresariales, las cuales en el contexto en que aparecen consagradas, y atendiendo a la "ratio" de la disposición, deberían tener carácter privado.

En suma, la gran mayoría de las disposiciones constitucionales que de manera directa o indirecta se refieren a **entes públicos** y a **entidades públicas,** como ha quedado demostrado, aluden a la connotación doctrinaria de ente público, pero la minoría restante también permite llegar a esa misma conclusión, sólo que tal como aparece concebida la expresión en el respectivo precepto, debe admitirse que la entidad creada pueda llegar a tener naturaleza privada. Unicamente la disposición que erige en "ente rector" al Consejo Nacional Electoral del Poder Electoral, se aleja de la mencionada connotación conceptual.

8.6.4.1.2. **El criterio unificador del segundo grupo (personas jurídicas de derecho público).** Como expusimos anteriormente, sobre la expresión "personas jurídicas de derecho público" prevista únicamente en el artículo 124 de la Constitución de 1961, estaba montado todo el andamiaje teórico relativo a este tipo de figuras subjetivas. La Constitución vuelve a utilizar la expresión, no con la frecuencia con que utiliza la correspondiente a ente público, pero sí con la misma finalidad, o sea, establecer una prohibición general de contratación a todos los funcionarios que le presten servicios a los Municipios, a los Estados y a la República, así como a las demás **personas de derecho público** (art. 145) con la particularidad de que agrega, a diferencia del artículo 124, de la Constitución derogada, al ámbito objetivo que configura el supuesto de hecho a **las personas jurídicas de derecho privado estatales**, razón por la cual cobra fuerza la tesis ya expuesta acerca de que pese a ser una expresión muy amplia, de la misma deben ser excluidos los entes públicos que no forman parte de la organización de la Administración Pública o del

Estado, tales como los colegios profesionales, y en ese sentido la expresión “personas jurídicas de derecho público” tendría una amplitud conceptual menor que la correspondiente a “entes públicos”.

Sin embargo, es preciso señalar que en los artículos 318 y 322 la Constitución vigente utiliza la expresión “persona jurídica de derecho público” en forma genérica, es decir, sin ningún tipo de restricción en su significado conceptual, cuando califica al Banco Central de Venezuela como persona jurídica de derecho público, y establece que la defensa y la seguridad de la nación es responsabilidad también de las personas jurídicas de derecho público. De modo, pues, que conforme a los citados preceptos constitucionales la expresión bajo examen tiene un significado idéntico al de ente público, en razón de que comprende tanto a las personas jurídicas de derecho público territoriales y no territoriales.

8.6.4.1.3. **Las personas jurídicas del sector público.** La Constitución en su artículo 289, numerales 3 y 5, al delinear la competencia de la Contraloría General de la República incluye dentro de los entes y órganos que están sujetos al control de dicho órgano a las **personas jurídicas del sector público**. Además los artículos 96, 97 y 111 aluden en abstracto, sin ningún tipo de definición, o de indicadores que contribuyan a su identificación, al **sector público** para contraponerlo al **sector privado**. Finalmente el artículo 67 constitucional prohíbe que las direcciones de los partidos políticos contraten con entidades del **sector público**. Planteada así la situación derivada de la regulación constitucional se impone tratar de dilucidar qué se entiende por sector público, a los fines de poder determinar si son iguales las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas del sector público.

8.6.4.1.4. **Hacia la búsqueda de una definición del “sector público”.** En realidad no existe ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia una definición de sector público, y en la normación sólo aparece un elenco de los entes y órganos que lo conforman. En efecto, por lo menos a partir de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario en varios de sus artículos el

ámbito subjetivo de la misma se delinea haciendo referencia a los "organismos del sector público", pero sin llegar a realizar una enumeración de los mismos, como ocurre posteriormente cuando se sanciona la primera Ley de Privatización, en cuyo artículo 2 se pretende definir, como se dijo anteriormente, acudiendo a una mera enumeración de los órganos y entes que el legislador estimó debían conformarlo. Esa misma técnica fue seguida recientemente por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAF), en su artículo 6, sancionada en el mes de septiembre de 2000.

Ahora bien, antes de pasar a examinar esas enumeraciones a los fines de dilucidar la referida igualdad o diferencia entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas del sector público, consideramos conveniente aproximarnos a las definiciones sustantivas que sobre este sector han sido formuladas en el Derecho Comparado. Al respecto cabe señalar en primer lugar, como sostiene la doctrina española, que este tema está muy vinculado a opciones políticas muy específicas, correspondiéndole entonces a los operadores jurídicos instrumentarlas a través de los correspondientes textos legales.

Como es lógico imaginarse esas opciones están conectadas a su vez con el tránsito del Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, lo que impuso en la mayoría de los casos que la Administración Estatal pasara a asumir los medios de producción, para satisfacer las necesidades colectivas que constituían expresión del reclamo de los derechos sociales (salud, educación, transporte, energía, etc.), y también en algunos casos para lograr el ordenamiento de la actividad económica general. En ese tránsito hacia el Estado de Derecho, se inscribe igualmente el proceso de nacionalización que comienza un poco antes, y se acelera después de concluida la Segunda Guerra Mundial. Cabe destacar que la conformación del sector bajo examen se realiza fundamentalmente mediante las denominadas "empresas públicas".

Sin dudas que la opción de conformar un sector público por las razones que esgrimieron y esgrimen los titulares del poder no dejó, ni deja de suscitar críticas, porque la eficacia y rentabilidad perseguida o invocada con la constitución de las empresas públicas no llegó, ni llega a producirse totalmente, y por el contrario en una gran cantidad de casos, pese a los privilegios detentados por las mismas se produjeron, y se continúan produciendo notables fracasos. Pero al lado de la voluntad estatal de conformar el sector, no hay que olvidar que en muchos países el mismo creció debido a las quiebras que sufrían las empresas privadas, y el Estado para proteger la actividad desarrollada y sobre todo el empleo, se vio constreñido a salvar financieramente dichas empresas, razón por la cual pasaron a detentar el estatus de públicas o estatales.

Los grandes trazos anteriores delinean sucintamente el origen de la conformación del sector público, el cual en muchos países adquirió dimensiones gigantescas. Lo cierto es que a partir de mediados de la década de los ochenta, por influencia del neoliberalismo, y sobre todo debido a la poca eficacia y rentabilidad demostrada por las empresas públicas, comienza un proceso de redimensionamiento del sector, o como suele decirse en términos políticos, de reducción del tamaño del Estado, que se traduce en masivas privatizaciones, es decir, en el traslado de la propiedad de dichas empresas a manos privadas. En algunos casos el fenómeno de la privatización adquirió caracteres alarmantes, siendo un ejemplo emblemático lo ocurrido en Argentina bajo la presidencia de Carlos Menem.

Sin embargo, como es obvio ese proceso en marcha de privatización ha logrado el redimensionamiento del sector público en mayor o menor proporción, pero no cabe ninguna duda de la existencia actual y futura de dicho sector, y es en ese contexto que la doctrina ha arbitrado definiciones con diversas acepciones, a saber: acepción amplia, que comporta, según MARTÍN RETORTILLO (1988), que el sector público "representa la actividad de la Administración Pública susceptible de una valoración económica; y ello con independencia de que se lleve a cabo a

través de personificaciones o de procedimientos públicos o privados". De modo, pues, que conforme a esta acepción prima la actividad económica o financiera del Estado, por encima de los procedimientos y personificaciones utilizados para llevarlos a cabo. Ese pareciera ser el sentido de los numerales 3 y 5 del artículo 289 de la Constitución, cuando atribuye a la Contraloría General de la República la potestad para inspeccionar, fiscalizar, evaluar y ejercer el control de gestión sobre los órganos, entidades y personas jurídicas del **sector público**.

Por consiguiente, resulta irrelevante la calificación de las personas jurídicas, pues en todo caso basta que conformen el referido sector, derivándose dicha conformación de la calificación como económica de las actividades realizadas por ellas, para que el órgano contralor ejerza las potestades indicadas; de allí entonces que atendiendo a la referida definición de sector público, sea posible establecer una diferencia entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas del sector público, en virtud de que éstas incluyen tanto a las públicas, como a las estatales, que como veremos más adelante son de derecho privado, aunque en los referidos dispositivos constitucionales, en el marco de la definición del autor español, el núcleo de la misma, esté centrado en la calificación de las actividades que esos entes desarrollan, como esencialmente económicas.

En la segunda acepción, según el mismo autor antes citado, "el sector público viene a representar la actuación económica de las Administraciones Públicas en cuanto tales; es decir, actuando principalmente en el contexto que impone el régimen jurídico administrativo". Como se observa esta definición obedece a un criterio restringido que no encuentra respaldo ni en la Constitución, ni en las leyes de Privatización, ni en la Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en virtud de que excluye a los entes o personas jurídicas estatales o de derecho privado.

En la tercera acepción, según el mismo autor, "el sector público será la actividad económica que la Administración lleva a cabo para la prestación de servicios o la producción o distribución de bienes que entran en el mercado". En esta acepción se privilegia el carácter industrial de la actividad desplegada por el Estado, fundamentalmente mediante procedimientos de Derecho privado. Esta tesis significa que deben excluirse desde el punto de vista orgánico los entes públicos que no estén regidos en sus actuaciones por procedimiento de Derecho privado, como por ejemplo la República, los Municipios, los Estados, muchos Institutos Autónomos.

Ahora bien, pareciera que resulta necesario concordar los artículos 96, 97 y 111 constitucionales, que utilizan el concepto de sector público, para contraponerlo al sector privado, y por otra parte, los artículos 289, numerales 3 y 5, y 67 ejusdem, que además de calificar la actividad económica de la Administración del Estado, como sector público, establecen su composición orgánica, sin tomar en cuenta la naturaleza de las personificaciones, con el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que preceptúa:

"Están sujetos a las regulaciones de esta Ley, con las especificidades que la misma establece, los entes u organismos que **conforman el sector público**, enumerados seguidamente:

1. La República.
2. Los estados.
3. El Distrito Metropolitano de Caracas.
4. Los distritos.
5. Los municipios.
6. Los institutos autónomos.
7. Las personas jurídicas estatales de derecho público.
8. Las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas a que se refiere el presente artículo tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital

social. Quedarán comprendidas, además, las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional.
9. Las sociedades mercantiles en las cuales las personas a que se refiere el numeral anterior tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social.
10. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas referidas en este artículo, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio efectuados por una o varias de las personas referidas en el presente artículo, represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto".

Por otra parte, el artículo 7 ejusdem, califica como entes no empresariales a los mencionados en los numerales 6, 7 y 10 , y de entes con fines empresariales aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos provengan fundamentalmente de esa actividad.

De modo, pues, que la armonización de los citados preceptos constitucionales, entre sí, y a su vez con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, a la luz del marco conceptual antes expuesto, permite concluir que la definición del **sector público** en el ordenamiento jurídico venezolano es muy amplia, en virtud de que a) alude a toda la actividad económica realizada por el Estado, independientemente de la naturaleza de las personificaciones que adopte para lograrlo, así como de los procedimientos (públicos o privados). Así debe interpretarse la expresión en el contexto del artículo 289, numerales 3 y 5 de la Constitución, referido a las potestades de la Contraloría General de la República; b) se refiere a una neta contraposición constitucional entre el sector público y el sector privado. Así deben ser interpretados los artículos 96, 97 y 111, e inclusive el 67 constitucionales, lo que no

significa que el primero esté formado exclusivamente por entes públicos, pues por el contrario está integrado por personas jurídicas de esa naturaleza, pero también de naturaleza privada, tal como se evidencia de manera operacional de la enumeración de los órganos y entes que lo integran contenida en el artículo 6 de la ley citada anteriormente.

c) El eje articulador del concepto, cuando se refiere a los entes esencialmente públicos, enumerados en el citado esquema normativo, gira en torno a la variable patrimonial, esto es, a la participación mayoritaria en el capital social, y en los aportes presupuestarios en las distintas clases de sociedades mercantiles, asociaciones y fundaciones contemplados en dicho dispositivo normativo. En conclusión, desde el punto de vista organizativo, y también económico, todo ente perteneciente al Estado en los términos antes expuestos, debe reputarse como integrante del sector público, y por exclusión todo ente que no reúna esas características integrará el sector privado.

Por otra parte, es posible hacer una división en el sector público entre los entes empresariales, que realizan actividades de producción de bienes y servicios destinados a la venta, con la tendencia a autofinanciarse, y entes no empresariales, que realizan actividades distintas a la producción de bienes y servicios, así como una división entre sector público nacional (todos los entes enumerados en el artículo 6 de la Ley, menos los mencionados en sus numerales 2, 3, 4, 5) y sector público no nacional (los entes comprendidos en los numerales 2, 3, 4, 5, del citado artículo 6. Igualmente es posible establecer una división entre los entes que conforman el sector público, de derecho privado (los mencionados en los numerales 8, 9 y 10), y de derecho público (los mencionados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7).

Una vez dilucidado el concepto de **sector público** en el Ordenamiento Jurídico venezolano, desde el punto vista material y orgánico, no cabe más que reiterar la imposibilidad de establecer una equivalencia entre **personas jurídicas de derecho público**, las cuales aparecen ple-

namente identificadas y determinadas taxativamente en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (la República, los Estados, los Municipios, los Distritos, los Municipios, los Institutos Autónomos y las personas jurídicas estatales de derecho público), y las **personas jurídicas del sector público**, que son todas las enumeradas en el citado esquema normativo, pudiendo ser por tal razón públicas y privadas, o mejor dicho estatales, como lo explicaremos más adelante.

8.6.5. **Entes públicos o personas jurídicas de derecho público: las expresiones más genéricas o comprensivas de la connotación conceptual de todas las figuras subjetivas de derecho público (La opción de la LOAP)**. Los argumentos expuestos en los acápites anteriores demuestran que tanto la expresión ente público, como la correspondiente a personas jurídicas de derecho público resultan idóneas en el contexto del ordenamiento jurídico venezolano para referirse a las diversas modalidades que adopta el elemento plurisubjetivo del Estado venezolano, en cuanto concierne a las figuras subjetivas públicas. No obstante, si se toma en cuenta la frecuencia con que es utilizada cada una de las dos expresiones en el texto constitucional, entonces debería primar "ente público" sobre "persona jurídica de derecho público", pues la primera es utilizada en veinticuatro artículos diferentes, y la segunda sólo en tres. Pero corresponderá a los legisladores determinar, dada la igualdad en términos conceptuales de ambas expresiones, cuál usará en cada caso, pudiendo lógicamente optar por una de ellas, o utilizarlas indistintamente.

Finalmente, es preciso recordar, como lo expusimos en el punto 8.6.3.2. que la Ley prevista en el artículo 236, numeral 20, de la Constitución, sancionada en el mes de septiembre de 2001 (Ley Orgánica de la Administración Pública), optó en el desarrollo del citado precepto constitucional por consagrar como la expresión más genérica o comprensiva de la connotación conceptual de todas las figuras subjetivas de derecho público, a la de **ente público**, lo que no significa –reiteramos– que ello impida la utilización de la otra expresión inclusive normativamente, y

mucho menos doctrinaria y jurisprudencialmente. La importancia de esa opción radica en que el legislador la prefirió sobre el resto de las expresiones constitucionales, lo que posiblemente contribuya a uniformar la terminología en una materia muy sensible desde el punto de vista conceptual, posibilitando así la reducción de las confusiones que suelen presentarse en el uso de las referidas expresiones.

Lo que sí debe evitarse es recurrir a los términos “órganos públicos” “organismos públicos” para referirse a cualquiera de las modalidades de las figuras subjetivas de derecho público, pues como lo veremos más adelante los órganos u organismos son las reparticiones administrativas mediante las cuales esas figuras expresan su voluntad, lo que en general da lugar al establecimiento de la denominada relación jurídico administrativa. Por consiguiente, los órganos u organismos forman parte de la persona jurídica, por esa misma razón no son la persona jurídica, ni mucho menos puede predicarse que tengan personalidad jurídica, aunque en casos excepcionales detenten un mínimo de subjetividad.

Por supuesto, que es posible encontrar en textos legislativos, e inclusive en sentencias, que se confunde el término órgano con el término ente y viceversa, como ocurre por ejemplo en el artículo 281, numeral 10 de la Constitución que se refiere a los “órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos”, dispositivo este que obviamente pretende aludir a los **entes** o **personas jurídicas** de protección y defensa de los derechos humanos, con los cuales establecerá comunicación la Defensoría del Pueblo a través de los órganos de dichos entes.

En sentido inverso está utilizado en el artículo 292 ejusdem, que erige al Consejo Nacional Electoral en el **ente rector** del Poder Electoral, cuando tratándose de la creación de un nuevo Poder Nacional, el cual al igual que los restantes Poderes de ese nivel, está cobijado por la personalidad única del Estado o República, de tal suerte que tendrá un **órgano** rector, mas no un ente rector. En fin, a la luz del ordenamiento jurídico

venezolano no queda más que proscribir la utilización de los términos órganos y organismo público, para referirse a una persona jurídica pública.

En virtud de que la expresión **establecimiento público** tiene un carácter general, porque teóricamente puede abarcar tanto a los entes territoriales como no territoriales, y además es utilizada puntualmente en las pocas leyes antes señaladas (Salvaguarda del Patrimonio Público, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República, Código Civil y Código de Procedimiento Civil), podría pensarse que también procedería su uso por el legislador para referirse a las figuras subjetivas de derecho público, que integran el elemento plurisubjetivo del Estado; sin embargo, el hecho de que el origen histórico de los establecimientos públicos en Francia se encuentre vinculado a la categoría de entes públicos no territoriales, es decir, que en ese contexto histórico sea un ente no territorial, constituye una limitación al señalado carácter general., y sin dudas que puede dar lugar a que surjan problemas interpretativos, y en definitiva confusiones.

A esa limitación debe añadirse la crisis que sufrió la noción en Francia después de la Segunda Guerra Mundial al crearse las modalidades de establecimientos públicos industriales y comerciales, lo que tal vez haya contribuido a que en la mayoría de los países europeos ya no se utilice el término bajo examen. Atendiendo a las razones antes expuestas pensamos, en primer lugar, que la expresión establecimiento público no tiene el carácter genérico que acompaña a la de ente público y a la de persona jurídica de derecho público, y en segundo lugar, que debería abandonarse su utilización por lo menos en el ámbito legislativo, con la finalidad de evitar eventuales problemas interpretativos que podrían estar vinculados a su origen histórico.

Tampoco resultan idóneas para lograr la finalidad antes expresada, las expresiones constitucionales de empresas del Estado, empresas públicas, personas jurídicas estatales, personas jurídicas estatales de derecho privado, por las razones que expondremos cuando examinemos el punto relativo a las personas jurídicas estatales.

8.6.6. **La categoría de las personas jurídicas estatales.**

8.6.6.1. **Premisa introductoria.** La categoría de las personas jurídicas estatales es una creación doctrinaria que parte de la identificación del ente como estatal, siempre que resulte posible "encuadrarlo" en la estructura organizativa del Estado, de tal suerte que todo ente que logre ser encuadrado en la estructura organizativa de la Administración Pública, será estatal, y por el contrario, si no es posible realizar dicha operación será no estatal. Pues bien, esta tesis que al parecer tiene su origen en la doctrina del Derecho Público del sur del continente, en virtud de ser exponentes de la misma MARIENHOFF (1964) y SAYAGUES LASO (1961), tuvo durante la vigencia de la Constitución de 1961 una gran aceptación doctrinaria en el país, siendo uno de sus exponentes más connotados BREWER (1984).

Tal vez esa amplia recepción doctrinaria haya jugado un papel relevante en la consagración, por primera vez en la evolución constitucional venezolana, de las personas jurídicas estatales en el texto de la Constitución de 1999, en sus artículos 180 y 190, y a una modalidad de las mismas: **las personas jurídicas estatales de derecho privado**, en el artículo 145 ejusdem. Por lo tanto, procederemos a estudiar esta categoría de personas jurídicas, tomando como punto de partida la situación de la doctrina hasta 1999, para luego realizar el examen de las mismas en el marco de la Constitución que entró en vigencia a finales del mencionado año.

8.6.6.2. **La consagración constitucional de las personas jurídicas estatales.** De los tres preceptos constitucionales antes enunciados, resulta emblemático en la creación "ex novo" de las personas jurídicas estatales, el 180 que reza:

> *"La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estadal sobre determinadas materias o actividades.*

> *Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes políticoterritoriales, se extiende sólo* ***a las personas jurídicas estatales*** *creadas por ellos, pero no a concesionarios, ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados"* (énfasis añadido).

Y decimos que es emblemático porque refleja la voluntad de los constituyentes manifestada en el curso del iter de la discusión sobre el artículo 195 del Anteproyecto de Constitución, de crear ex novo la figura de las personas jurídicas estatales. Dada la importancia que reviste esa circunstancia consideramos necesario resumir de seguidas dicho iter: En la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 2 de noviembre de 1999, se leyó el texto del artículo 195 en los siguientes términos:

> *"La potestad tributaria que corresponde a los municipios es distinta e independiente de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o estadal sobre determinadas materias o actividades.*
>
> *Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los municipios, a favor de los demás entes políticos territoriales, se extiende sólo a los* ***órganos y personas jurídicas públicas*** *creadas por ellos, pero no a los concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los estados"* (énfasis añadido).

Inmediatamente el Constituyente Segundo Meléndez, en su carácter de Presidente de la Comisión que redactó el Capítulo del Poder Municipal, solicitó que el artículo fuese votado por consenso tal como había sido planteado. El Constituyente A. Brewer se opuso a dicha proposición y argumentó que la inmunidad estaba propuesta exclusivamente frente a las **personas jurídicas públicas**, razón por la cual resultaba restrictiva en relación con el ámbito subjetivo al que se pretendía extender, señalando que la expresión correcta era **persona jurídica estatal**, "porque por

ejemplo PDVSA no es una persona jurídico-pública, es una persona de derecho privado y podría estar fuera". Esta proposición del Constituyente Brewer fue acogida, sustituyéndose en el artículo 195, "personas jurídicas públicas" por personas jurídicas estatales, siendo recogido así en citado artículo 180 de la Constitución.

De modo, pues, que la voluntad de la Constitución es incorporar al ordenamiento jurídico venezolano una categoría de personas jurídicas, manejada doctrinariamente, pero desconocida normativamente durante la vigencia de la Constitución de 1961, y además fijar parámetros interpretativos que posibilitan la diferenciación entre las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas de derecho público. Por otra parte, debemos añadir que el citado artículo 145 de la Constitución de 1999, pareciera que califica a las personas **jurídicas estatales como de derecho privado**, cuando establece la prohibición general a los funcionarios públicos que le presten servicios a la República, a los Estados y a los Municipios, de contratar con esos mismos entes, con las demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, y al mismo tiempo vuelve a establecer diferencias entre estos dos tipos de personas jurídicas (públicas y estatales).

La tesis acerca de la creación ex novo de las personas jurídicas estatales encuentra respaldo en el artículo 300 constitucional, que confiere la potestad al Estado de crear entidades descentralizadas funcionalmente para la realización de actividades **sociales o empresariales**, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan, sobre la base de una ley nacional que establecerá las condiciones para la creación de dichas entidades. Por consiguiente, al ser creadas por el Estado mediante la transferencia de recursos públicos para su funcionamiento, cabe concluir en el contexto de las competencias atribuidas al Estado para instituir personas jurídicas, que las referidas entidades descentralizadas funcionalmente, deben ser calificadas como **personas jurídicas estatales**, por lo menos las que deben realizar actividades empresariales,

sin que nada obste para que las que deban realizar actividades sociales puedan revestir esa condición.

Queda pues, en definitiva demostrada la existencia constitucional de las personas jurídicas estatales, que inclusive llegan a ser calificadas de privadas, pero al mismo tiempo hay que hacer constar que la nueva Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en su artículo 6, numeral 7, prevé la creación de una categoría de figuras subjetivas que denomina personas jurídicas estatales de **derecho público**, lo que pareciera dar lugar a una nueva clase de personas jurídicas estatales, si se tiene en cuenta que la Constitución, como se expresó antes, se refiere únicamente a las personas jurídicas estatales de derecho privado.

8.6.6.3. **La connotación conceptual de las personas jurídicas estatales.** Como se expresó anteriormente, la doctrina extranjera fundamenta la concepción sobre las personas jurídicas estatales en la variable: **encuadramiento en la estructura organizativa del Estado,** y además GARRIDO FALLA (1989), al considerarlas equivalentes a las personas jurídicas de derecho público, propone un criterio pragmático para determinar la existencia de dicho "encuadramiento", basado en las relaciones de jerarquía o de tutela que pueden configurarse entre el ente que se pretende ubicar en la clasificación y la Administración Pública. Conforme a ese criterio resulta sumamente sencillo, en el caso del Ordenamiento Jurídico venezolano, concluir, por ejemplo, que los Institutos Autónomos, precisamente porque están ligados a la Administración Central por una relación de "tutela", son entes estatales, en virtud, insistimos, de que el "encuadramiento" en la organización administrativa nacional se deriva precisamente de la mencionada relación de tutela.

Ahora bien, si se considera que la relación o control de tutela es una figura organizativa típica de derecho público, que se origina en el proceso de descentralización funcional o institucional, mediante el cual la Administración Central (República) transfiere determinadas compe-

tencias a otro **ente público,** entonces necesariamente las denominadas empresas del Estado, o sea, las sociedades donde éste tenga participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital, quedarían fuera del concepto de personas jurídicas o entes estatales, en virtud de que en la relación que se configura entre la Administración Central y una empresa del Estado (persona jurídica de derecho privado), pese a que también estamos en presencia de una expresión de la descentralización funcional, la primera no ejerce un **control de tutela** sobre la segunda, sino que el mismo, dada la naturaleza de derecho privado de ésta, es **accionarial,** es decir, mediante el ejercicio de los poderes derivados de tener el control accionario de la sociedad, tal como lo regulan los respectivos Estatutos y el Código de Comercio, y ahora la novísima Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 76, numeral 13, que atribuye a los Ministros la competencia para ejercer la representación de las acciones pertenecientes a la República en las empresas del Estado, así como el correspondiente "control accionario".

Es necesario advertir que la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentó un criterio totalmente distinto con relación al control de tutela antes expuesto. En efecto, en sentencia de fecha 6 de diciembre de 1989, declaró que un Instituto Autónomo (Consejo Nacional de la Cultura) ejercía un control de tutela sobre una fundación (Fundación Orquesta Sinfónica de Venezuela), la cual era un ente de derecho privado, considerando, de esta manera que el referido control de tutela podía configurarse entre un ente público y una persona jurídica de derecho privado. El aludido fallo expresa:

> *"La tutela es el instrumento que permite a un ente de derecho público supervisar y controlar a otro ente de derecho privado que le pertenece, o donde tiene una participación mayoritaria o decisiva, y mediante el cual puede orientar y dirigir su actuación... La tutela se da entre los entes de la Administración Central y los de la Administración Descentralizada, pero nada impide que también exista entre entes descentralizados cuando*

> *uno de ellos, a su vez, descentraliza sus funciones o cometidos. Por tanto, la tutela como mecanismo de supervisión y control no es propio sólo de los entes centralizados respecto a sus entes descentralizados de derecho privado, sino también de los entes descentralizados de derecho público con relación a los entes descentralizados de derecho privado...”*

La doctrina recogida en la sentencia transcrita parcialmente, pese a ser muy respetable por haber emanado de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, no podía, en nuestro criterio, en aquel tiempo, elevarse, a la categoría de jurisprudencia, en primer lugar, porque aparece aislada en el contexto del resto de las decisiones proferidas con posterioridad por ese Máximo Tribunal, pues a partir de dicho fallo no dictó ningún otro que lo ratificase o lo ampliase en sus motivos, y en segundo lugar, porque carecía tanto de basamento jurídico como lógico, que permitiese desvirtuar la tesis doctrinaria antes expuesta, la cual resulta dominante en nuestro Ordenamiento Jurídico y en la doctrina nacional y extranjera, atinente a que la relación de tutela únicamente puede predicarse entre entes de derecho público, por ser precisamente lo que los italianos denominan una fórmula organizativa de derecho público; por tanto no bastaba, a los efectos de enervar dicha tesis, sostener, como se hace en el aludido fallo que “la tutela es el instrumento que permite a un ente de derecho público, supervisar y controlar a otro ente de derecho privado que le pertenece, o donde tiene participación mayoritaria o decisiva”, sin exponer las razones que sirven de sustento a dicha afirmación.

Por supuesto, que de admitirse o haberse admitido la tesis recogida en el señalado fallo, bastaría o bastaba para predicar que las empresas del Estado, constituidas bajo las forma de sociedades mercantiles, las fundaciones, las asociaciones o sociedades civiles del Estado, estaban sometidas al control de tutela por parte de la Administración Central, o inclusive por un ente de la Administración Descentralizada, para concluir –conforme al citado fallo– que se estaba en presencia de una persona jurídica o ente estatal, ya que entonces cobraría plena validez

el criterio pragmático acerca del "encuadramiento" en la organización administrativa –relación de jerarquía o tutela– expuesto por el autor español Garrido Falla.

Ahora bien, no dudamos que esa tesis acerca de la concepción de la tutela administrativa pudiera haber encontrado adherentes, en virtud de que hasta el año 2000 en Venezuela existía un vacío normativo en lo atinente al tipo de relación, y por ende, la clase de control que ejercían los órganos de la Administración Central sobre los entes descentralizados funcionalmente de derecho privado (estatales), a diferencia de lo que ocurría con los públicos, verbigracia de los institutos autónomos, respecto de los cuales no existía ninguna duda, porque aparecía claramente establecido en las leyes de creación, e indirectamente en la Ley Orgánica de la Administración Central.

Lo que si es cierto es que siempre estuvo vigente un instrumento normativo que claramente indicaba la **adscripción** de esos entes estatales (de derecho privado), a los diferentes Ministerios, como se hacía con los entes públicos. Tal vez esa situación normativa pudo haber conducido a que se hiciera una indebida equivalencia entre adscripción y tutela, llegando a una conclusión errónea al postular que todo ente descentralizado funcionalmente, independientemente de su naturaleza, adscrito a un Ministerio estaba sometido al control de tutela de ese órgano ministerial. Esa tesis –insistimos– errónea, porque si bien la adscripción revela una relación entre el ente descentralizado y el órgano de la Administración Central, que supone el ejercicio de la potestad de control por parte de éste último sobre el primero, ello no significa que se trate de la misma y única modalidad de control, inclusive ya eso aparecía asomado indirectamente en la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, cuando establecía entre las atribuciones comunes de todos los Ministros ejercer el "control accionarial" sobre las empresas del Estado.

Hay que reconocer que al no haber logrado el Parlamento, durante la vigencia de la Constitución de 1961, pese a los múltiples intentos,

sancionar una Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, esa figura no encontró un desarrollo normativo, y muy poco doctrinario y jurisprudencial. En relación con las Fundaciones y Asociaciones Civiles del Estado el vacío era prácticamente absoluto. Es precisamente en el contexto de esa situación donde surge la tesis de predicar la tutela como una relación entre entes públicos y privados, en nuestro criterio errada, pero perfectamente acertada, en criterio de otros.

No obstante, a la referida situación de vacío normativo le pone fin el "Decreto Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los órganos de la Administración Central", de fecha 5 de octubre de 1999, reimpreso por error material en la Gaceta Oficial número 36.889 del 10 de febrero de 2000, en cuyo artículo 15 diferencia categóricamente entre los distintos tipos de controles que ejercen los órganos de la Administración Central, derivados de la adscripción, a saber: **control de tutela**, en el caso de los institutos autónomos, atendiendo a las diversas leyes de creación; **control accionarial**, en el caso de las empresas del Estado, mediante la representación de la República en las mismas; y **control estatutario**, en los casos de las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado, basado en el Decreto Ley 677, el Decreto de constitución y sus estatutos sociales.

Queda pues demostrado por vía normativa que **la tutela administrativa** es una fórmula organizativa, típica de Derecho Público, que únicamente puede predicarse de una relación que se establezca entre entes públicos, y además que la relación entre entes públicos y estatales origina una relación distinta, que se traduce en el control accionarial y en el control estatutario; de allí que resulte concluyente que carece de fundamento –en Venezuela– la tesis que pretenda erigir a la tutela en la variable fundamental del "encuadramiento" de un ente en la organización administrativa del Estado, a los fines de calificarlos o atribuirle el carácter de **estatal**; de allí también el motivo que constriñe a buscar otra variable que permita ese encuadramiento, en el caso de las empresas del estado,

las fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado, dada la enorme importancia que todavía detentan las primeras para el desarrollo económico del país.

8.6.6.3.1. **La variable de la participación patrimonial como criterio de encuadramiento del ente en la organización administrativa del Estado (consagración constitucional).** Reiteramos que el criterio propuesto por el autor español Garrido Falla si bien resulta suficiente para identificar determinadas clases de entes estatales: los sujetos al control de tutela por parte de la Administración Central, deja afuera a la gran mayoría de los que la doctrina conceptúa como personas jurídicas estatales, esto es, a la categoría denominada por la doctrina empresas del Estado, que por cierto ahora bajo esa denominación, o la de empresa pública, pareciera ser el género de los entes económicos, encuentra consagración en los artículos 189, numerales 1 y 3 y 184, numeral 4, respectivamente de la Constitución, las cuales aparecen contempladas y definidas en términos de aporte de capital o presupuesto mayoritario. Por lo tanto, al dejar afuera casi la totalidad del universo de lo que la doctrina nacional ha denominado personas jurídicas estatales, el criterio bajo examen debe ser soslayado parcialmente, ya que si bien –insistimos– resulta útil para identificar mediante la figura de la tutela a las personas jurídicas estatales, que a la vez son entes públicos, como los institutos autónomos, no lo es para identificar, como expresamos antes, a los entes estatales que no revisten el carácter de públicos.

Ante esta dificultad que existía antes y que existe ahora, la doctrina nacional en su tiempo (BREWER 1984) propuso, siguiendo a la doctrina argentina, acudir al criterio de la participación patrimonial del Estado en los entes que se pretenden calificar como estatales, y durante la vigencia de la Constitución de 1961 fue invocado como fundamento de dicha tesis el artículo 140, ordinal 3° de la misma, que al delinear un supuesto de inelegibilidad para ser senador o diputado utilizaba la expresión “empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva”. Lo cierto es que después de la entrada en vigencia de la Constitución

de 1999, como indicamos antes, la variable participación patrimonial como mecanismo de definición de las personas jurídicas estatales, encuentra sustento constitucional al ser contempladas en la Carta Magna las figuras subjetivas de las **empresas del Estado y de las empresas públicas** (art. 189, num. 1 y 3 y 184, num. 4), las cuales vienen a ser expresión concreta o modalidades de las personas jurídicas estatales. Esta tesis a su vez encuentra fundamento en el citado artículo 300 ejusdem, que confiere al Estado la potestad, sobre la base de una ley nacional que establezca las condiciones de creación, de instituir con **fondos públicos**, entes para realizar actividades sociales o empresariales, y para garantizar la razonable productividad económica y social de esos recursos.

De modo, pues, que el texto constitucional erige en una de las variables fundamentales para la creación de determinados tipos de entes descentralizados funcionalmente, por lo menos aquellos a los cuales se les asigna el cometido de realizar actividades "empresariales", la participación patrimonial mayoritaria del Estado, cuando establece que debe tratarse de asegurar la razonable productividad económica de los **recursos públicos** que se inviertan. Por consiguiente, de los dispositivos constitucionales citados, se evidencia una relación de causalidad entre participación patrimonial mayoritaria del Estado y carácter estatal del ente en el que participa el Estado.

En esta misma línea de pensamiento debe añadirse que reglas elementales de lógica jurídica y no jurídica, conducen a sostener que si la Administración crea una sociedad mercantil, por ejemplo, y aporta la totalidad del capital o más del cincuenta por ciento del mismo, esa sociedad tiene que ser estatal, y no de personas privadas. En fin, queda claro, en nuestro criterio, visto que la propia Constitución crea a las personas jurídicas estatales, que el elemento patrimonial resulta el indicador básico para identificar a la mayoría de esa clase de personas, salvo lógicamente que la calificación provenga de una norma en forma expresa.

8.6.6.3.2. **La variable participación patrimonial (consagración legal).** Ha quedado demostrado que la Constitución prevé dentro de las personas jurídicas estatales una importante categoría, articulada fundamentalmente en la participación patrimonial del Estado a través de la inversión de los recursos públicos para realizar actividades sociales e industriales, las cuales encuentran expresión concreta en el propio texto constitucional, bajo la denominación de empresas del Estado, y parcialmente en las empresas públicas.

Ahora bien, recientemente –en el mes de septiembre de 2000– fue promulgada una importante ley sancionada por la Comisión Legislativa Nacional (denominada en medios periodísticos "El Congresillo"), la cual aparte de las críticas que se le puedan formular, empezando porque resultó publicada después que ese especial órgano legislativo se había extinguido, y ya había comenzado a ejercer funciones la Asamblea Nacional, hay que reconocer que se trata de un instrumento normativo que por primera vez regula toda la Administración Financiera del **Sector Público** (Presupuesto del Estado, Crédito Público, Tesorería Nacional, Contabilidad Pública, Control Interno, Coordinación Macroeconómica y Fondo de Ahorro Intergeneracional), razón por la cual resultaba razonable pensar que intentase desarrollar las previsiones constitucionales sobre personas jurídicas estatales.

Efectivamente así ocurrió, pues en el tantas veces citado artículo 6 del mencionado texto, se identifica claramente, por supuesto atendiendo únicamente a la variable participación patrimonial del Estado, a las siguientes modalidades de entes estatales: a) **sociedades mercantiles** en las cuales la República, los Estados, el Distrito Metropolitano de Caracas, los Distritos, los Municipios , los Institutos Autónomos y las personas jurídicas estatales de derecho público, tengan una participación social **igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social**; b) **sociedades totalmente estatal**, encargadas mediante la posesión de acciones en otras sociedades de coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; c) **las sociedades mercantiles** en las cuales

cualquiera de los dos tipos de sociedades identificados en los literales anteriores tengan participación **igual o superior al cincuenta por ciento del capital social**; d) **las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos**, o dirigidas por alguna de la personas mencionadas en el artículo 6, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de esas personas, **represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto**. De lo expuesto se desprende claramente que el único criterio de identificación de las personas jurídicas estatales, antes enumeradas, es el de la participación patrimonial del Estado, bien mediante aportes al capital social, o aportes al presupuesto del ente.

Por otra parte, la definición de entes empresariales, o con fines empresariales, como aquellos cuya actividad principal es la producción de bienes y servicios destinados a la venta, cuyos ingresos o recursos provengan de esa actividad (art. 7 num. 2), permite inferir, dado el carácter lucrativo de las sociedades mercantiles, que las personas jurídicas estatales de esta naturaleza serán las tres sociedades enumeradas en el artículo 6, numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

En esa misma línea la Ley en su artículo 6, establece claramente que son entes no empresariales o sin fines empresariales, los enumerados en su numeral 10, y por otras razones que examinaremos más adelante, también los contemplados en los numerales 6 y 7 de ese mismo esquema normativo. Pero en todo caso interesa resaltar que la propia Ley privilegia el elemento participación patrimonial en los entes empresariales o con fines empresariales, sin que ello signifique que pierda totalmente ese sentido en el caso de los entes previstos en el numeral 10 del artículo 6 del texto en comento (fundaciones y asociaciones civiles), pues de alguna manera los aportes presupuestarios en las fundaciones y asociaciones resultan equivalentes mutatis mutandi a la participación patrimonial en las empresas del Estado.

En esa misma orientación conceptual se inscribe la Ley Orgánica de la Administración Pública de septiembre de 2001, al trazar la disciplina sobre las empresas del Estado, y definirlas como las sociedades mercantiles en las cuales la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos y los Municipios o algunos de los entes descentralizados funcionalmente regulados en esa ley, solos o conjuntamente, tengan **una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social** (art. 100), y además, al establecer que la Administración podrá constituir sociedades anónimas y de responsabilidad limitada como accionistas únicos (artículo 104), crear empresas matrices tenedoras de las acciones de las empresas del Estado (art. 105). En suma, lo que interesa destacar es que también la Ley que establece los lineamientos fundamentales sobre la organización de la Administración Pública venezolana, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 236, numeral 20, constitucional, asume el criterio de la participación patrimonial que permite calificar a las personas jurídicas estatales de derecho privado.

Solamente habría que observar ante la ausencia absoluta de esta denominación en la LOAP, si acaso este legislativo al regular las empresas, las fundaciones y las asociaciones civiles del Estado, no habría excedido la ratio de la norma contenida en el citado artículo 126, numeral 20, de la Constitución, dado que esos lineamientos pareciera que deberían estar contenidos en la ley especial prevista en el artículo 300 del texto constitucional, destinada a regular la descentralización funcional operada mediante personas jurídicas de derecho privado. Pero la dilucidación de esa eventual exceso escapa al desarrollo de este acápite, y también de la presente obra.

8.6.6.4. **Las personas jurídicas estatales: ¿entes públicos o entes privados?**

8.6.6.4.1. **Premisa introductoria.** En el pasado reciente la interrogante del epígrafe suscitó muchas dudas, en virtud de que existía la tendencia a establecer una relación de identidad entre personas jurídicas

públicas y personas jurídicas estatales, y entre personas jurídicas no estatales y personas jurídicas privadas. Ahora bien, antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre esa relación de identidad o de diferencia, resulta necesario esclarecer el carácter o naturaleza de los entes estatales.

Al respecto cabe precisar que si se atiende al encuadramiento de los entes en la organización administrativa del Estado sobre la base de la participación patrimonial, entonces todo aquel que reciba la calificación de estatal será de **derecho privado**, en primer lugar, porque pese a que es creado por el Estado, mediante la aportación de recursos públicos (participación patrimonial mayoritaria), dicha creación se hace mediante las formas jurídicas originarias, esto es, sociedades mercantiles, asociaciones, sociedades civiles y fundaciones, tal como ahora lo establecen categóricamente los artículos 101, 109 y 114, de la LOAP, que condicionan la adquisición de la personalidad jurídica, a la inscripción en la correspondiente Oficina de Registro Mercantil o Civil, según el caso, razón por la cual en su tráfico normal estarán regidos por normas de derecho privado, lo que no obsta para que un núcleo de su actuación esté regulado por normas de derecho público, verbigracia presupuesto, crédito público, salvaguarda del patrimonio público y sometimiento al control externo de la Contraloría General de la República.

Pero en todo caso lo que debe resaltarse es que las personas jurídicas estatales, son reconocidas por el ordenamiento jurídico, y por tanto pueden ser sujetos de derecho y obligaciones, después que cumplen con las formalidades esenciales del registro contempladas antes en el Código de Comercio o en el Código Civil, según el caso, y ahora en la LOAP. De allí en adelante ingresan al tráfico jurídico regidas –se insiste– por el Derecho privado. Por consiguiente, una sociedad mercantil de Derecho privado tan importante como PDVSA, como acertadamente se expresó en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, es una **persona jurídica estatal de derecho privado**, al igual que CADAFE, HIDROVEN, El BANCO DEL PUEBLO, CAMETRO, etc., en virtud de que en todas ellas su capital social está constituido total o mayoritaria-

mente por recursos públicos, y disciplinadas por el Derecho Mercantil. En ese mismo orden de ideas la FUNDACIÓN DEL NIÑO, FUNDACOMUN, etc., son personas jurídicas estatales, mas específicamente Fundaciones estatales o del Estado, debido a que fueron constituidas con fondos públicos, además de que la totalidad o casi totalidad de los aportes presupuestarios provienen del Estado.

8.6.6.4.2. **El carácter de derecho privado de las personas jurídicas estatales a la luz de la Constitución de 1999.** Esta tesis acerca de la naturaleza de derecho privado de las personas jurídicas estatales, encuentra respaldo, por lo demás, en la propia Constitución en su artículo 145, que al establecer la prohibición de los funcionarios públicos de contratar con la República, los Estados y los Municipios, alude a las **demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales**, lo que en nuestro criterio revela la idea del constituyente de delinear una clara diferencia entre estos dos tipos de personas, pues en primer lugar, abre una categoría residual, después que enumera a las personas jurídicas territoriales: **las demás personas jurídicas de derecho público** (todas), y en segundo lugar, se refiere a la otra categoría de personas, que sin ser públicas, están encuadradas en la organización administrativa del Estado, las **estatales,** que el constituyente se cuida de calificarlas como de **derecho privado.**

Luego, a la luz de este dispositivo constitucional, que al armonizarse con el 300 ejusdem, relativo a la potestad del Estado de crear entes descentralizados funcionalmente, mediante la inversión de fondos públicos para realizar actividades sociales y empresariales, acudiendo a instrumentos de rango sublegal, cabe concluir que los entes estatales instituidos atendiendo a la variable participación patrimonial del Estado en los mismos, son de derecho privado, por lo que pueden y en general deben adoptar las fórmulas jurídicas originarias: sociedades mercantiles, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones civiles.

8.6.6.4.3. **La tesis que postula que todo ente público descentralizado funcionalmente es estatal, mas no todo ente estatal es público.** No obstante, la conclusión a que llegamos en el punto anterior, es necesario traer nuevamente a colación la tesis de Garrido Falla acerca de la identificación de los entes estatales, cuando los equipara a los públicos, sobre la base del control de tutela que ejerce la Administración Central sobre el ente que se pretende encuadrar en la organización administrativa del Estado, y de reputarla válida entonces habría que admitir que toda persona jurídica de la cual se pueda predicar una relación de tutela con un órgano de la Administración Central, o mejor que ese órgano ejerza el control de tutela, sería un ente estatal que detenta naturaleza pública. Así por ejemplo, nadie duda que los Institutos Autónomos sean susceptibles del aludido encuadramiento, sobre la base del control de tutela y tampoco nadie dudaba, ni duda ahora, que esa figura resulta emblemática de una modalidad de ente público, definido como tal en la Constitución.

De tal modo, que de acogerse la tesis de Garrido Falla y admitirse que el control de tutela funciona como un indicador indiscutible del encuadramiento de toda clase de ente en la organización administrativa del Estado; y por ende, de identificación de las personas jurídicas estatales, entonces habrá que admitir que en general **todo ente público descentralizado funcionalmente es estatal.** Pero tal tesis –insistimos– debe ser rechazada por las razones antes expuestas sobre el carácter esencialmente público del control de tutela, razón por la cual puede predicarse únicamente entre entes de derecho público. Por lo tanto, dicha tesis admisible parcialmente, porque resulta válida únicamente para el encuadramiento de entes públicos en la estructura organizativa de la Administración; de allí que entonces que sea necesario formular la siguiente hipótesis: **todo ente público descentralizado funcionalmente es estatal, mas no todo ente estatal es público**. En efecto, conforme a esa hipótesis EL INAVI, instituto autónomo, al ser público es estatal, porque aparece encuadrado, sin ninguna duda en la organización administrativa del Estado, y en ese mismo orden de ideas, la Universidad Central de Venezuela, es una

persona jurídica pública, pero también es estatal, porque igualmente resulta fácil encuadrarla en la Administración Estatal, y PDVSA, la empresa de mayor importancia económica nacional, es estatal, pero no es pública, porque pese a que está encuadrada en la organización administrativa venezolana, fue creada y está regida por el Derecho Privado, independientemente de que un reducto de la misma, que tiene que ver con sus relaciones con el Estado, esté regido por normas de derecho público.

Es necesario advertir que la hipótesis relativa a que en general todo ente público es estatal, admite excepciones dado que existen **entes públicos que no son estatales**, los menos, es cierto, por ejemplo, los Colegios Profesionales (Abogados, Economistas, etc), creados mediante ley. Y no son estatales porque debido a la gran autonomía que detentan en relación con el Estado, tal como aparece delineada en la vigente legislación, impide su encuadramiento en la organización administrativa del Estado, ya que no es posible acudir ni al control de tutela, ni tampoco predicar directa o indirectamente la participación patrimonial o el aporte presupuestario del Estado, para su funcionamiento.

8.6.6.4.4. **Una hipótesis sobre la identificación a priori de las personas jurídicas estatales.** Por supuesto, que lo ideal sería a los fines de clarificar la situación jurídica conducente a la clara identificación a priori de los entes estatales, que se adoptase como único criterio de encuadramiento del ente en la organización administrativa de la Administración Pública, la participación patrimonial mayoritaria del Estado, lo que a su vez permitiría una neta distinción entre ente público y ente estatal, que es lo que al parecer pretende la Constitución al establecer una clara oposición o antítesis entre el resto de las personas jurídicas de derecho público (excluyendo las territoriales) y las personas jurídicas de derecho privado estatales (art. 145), línea hacia la cual también pareciera orientarse el constituyente en el artículo 300 ejusdem.

De este modo, no se suscitaría ningún tipo de confusión entre ente estatal y ente público, en virtud de que serían categorías absolutamente

diferenciadas por la Constitución, lo que permitiría al operador jurídico considerar que toda persona jurídica estatal, es de derecho privado, razón por la cual carecería de interés intentar establecer relación alguna de igualdad con los entes públicos. Tampoco habría lugar a los planteamientos sutiles sobre la existencia de personas jurídicas públicas, mas no estatales, pues cada una de las dos categorías tendría su régimen particular, sin embargo no podría predicarse la existencia de una línea divisoria absoluta entre ambas categorías, pues insistimos en que el núcleo de las personas jurídicas estatales está regido por normas de Derecho Público.

De otro lado, es preciso subrayar que la diferencia entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas estatales es posible derivarla también del concepto orgánico o subjetivo de **sector público** contemplado en los artículos 289, numerales 1 y 3, y 67 del texto constitucional, los cuales encuentran desarrollo en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que claramente en su artículo 6, distingue entre personas jurídicas públicas (La República, los Estados, Los Municipios, el Distrito Metropolitano de Caracas, los Distritos, los Municipios y las **personas jurídicas estatales de derecho público**) y las personas estatales de derecho privado (las sociedades mercantiles, las fundaciones, las asociaciones y sociedades civiles).

8.6.6.4.5. **La categoría de las personas jurídicas estatales de derecho público consagrada en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAF).** Hay que admitir que al haber consagrado la Ley mencionada en el epígrafe una categoría de personas jurídicas hasta ahora inédita en el ordenamiento jurídico venezolano –que no en el Derecho Comparado–, la división propuesta anteriormente (personas jurídicas estatales y personas jurídicas públicas) sufre un serio atentado en su fundamentación. No obstante, la inclusión de las **personas jurídicas estatales de derecho público** suscita graves dudas, en virtud de que la Constitución –como ya lo expresamos– establece una clara diferencia entre personas jurídicas públicas y estatales, máxime si se toma en cuenta que a los efectos de la formulación de la propuesta

acerca de la división que origina esa diferencia se opta para los efectos de la determinación de la variable "encuadramiento en la estructura organizativa de la Administración Pública", únicamente por la participación patrimonial mayoritaria del Estado, la cual quedaría casi desnaturalizada, de admitirse que dentro de las personas jurídicas estatales existe una subcategoría denominada "personas jurídicas estatales de derecho público". Pensamos que se trata de una extralimitación del legislador, en razón de que dicha subcategoría no es posible derivarla de la normativa constitucional, visto que la misma más bien apunta hacia la calificación de los entes estatales como de derecho privado (arts. 145 y 300).

Por otra parte, es bien difícil imaginarse, atendiendo a la definición de persona jurídica estatal (encuadramiento en la Administración Pública, sobre la base la participación patrimonial) una modalidad de éstas que resulte estatal pública, por supuesto que excluyendo el criterio de la tutela para perfilar ese encuadramiento, salvo calificación expresa de la Ley. En efecto, ninguna sociedad mercantil estatal debería, si se atiende a los preceptos constitucionales, revestir carácter público, pero además carecería de sentido práctico crear una sociedad mercantil, que siempre constituye una expresión de la descentralización funcional, mediante ley, cuando el artículo 300 constitucional, faculta a la Administración para que ordene su creación mediante un acto de rango sublegal, precisamente porque la función administrativa es inherente al Poder Ejecutivo, cuyos titulares pueden apreciar atendiendo al interés general la conveniencia y la oportunidad de la creación de este tipo de entes.

Por tanto, resulta dudoso que el legislador adopte una previsión de esa naturaleza, pero si lo llegare a hacer siempre resultaría bastante discutible, y en todo caso, aun apegándose a la letra de la citada ley, debería tener un carácter excepcionalísimo. Los mismos argumentos son válidos para negar que una fundación, una asociación civil o una sociedad civil, todas con carácter estatal, revistan el carácter de personas jurídicas estatales públicas. En otros escenarios las universidades nacionales, por detentar una gran autonomía, morigerada ciertamente por las atribuciones

del Consejo Nacional de Universidades, y aunque no están sujetas al control de tutela de ningún Ministerio, dicho control no prefigurado ciertamente como tutela clásica, existe en el presupuesto, en las directrices emanadas del Consejo Nacional de Universidades, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, etc.; por consiguiente, debe admitirse que el control existe, pero en el marco de la tesis antes formulada sería soslayado como criterio para identificar el tantas veces mencionado "encuadramiento" en la estructura organizativa del Estado, de lo que se inferiría que las universidades nacionales son personas jurídicas de derecho público "ope legis", mas no estatales, siempre en el marco –reiteramos– de la postura que apareja a las personas estatales únicamente a la variable participación patrimonial mayoritaria del Estado, pues de lo contrario habrá que aceptar que se trata de un ente público estatal.

Tampoco es posible calificar como personas jurídicas estatales de derecho público a los colegios profesionales, pues antes quedó demostrada la imposibilidad de encuadrarlos en la estructura organizativa de la Administración Pública, ni tampoco, por las mismas razones, a las academias científicas y a los Institutos de Previsión Social de los profesionales, también creados por ley.

En el paneo que terminamos de hacer por todas las modalidades de personas jurídicas publicas y estatales, falta el Banco Central de Venezuela, que al igual que las Universidades Nacionales goza de una gran autonomía, y también es un ente público, pero por definición constitucional (art. 318). Está sometido a controles de legalidad y de gestión por parte de la Contraloría General de la República y a la propia Asamblea Nacional; de modo, pues, que al no aparecer encuadrado en la organización administrativa del Estado, ya que tampoco posee la naturaleza de una sociedad anónima, como ocurría hasta 1992, razón por la cual se acerca a un ente institucional o fundacional, por lo que resulta dudoso cualquier intento de calificación del Banco Central de Venezuela como una especie de la categoría de las personas jurídicas estatales de derecho público, a la que se contrae el artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

El anterior “paneo” sobre todas las modalidades o especies de personas jurídicas estatales y públicas contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano, parece demostrar la inexistencia de personas jurídicas estatales de derecho público, como las prevé el dispositivo legal bajo examen, lo que no quiere decir que la discusión esté terminada.

Debemos añadir que de conformidad con el artículo 300 de la Constitución para constituir entes descentralizados funcionalmente, los cuales deben reputarse de naturaleza estatal, pues cabe recordar que una de las condiciones esenciales para la creación de un ente público es que sea mediante ley, salvo el caso excepcional de las universidades, el Estado debe dar cumplimiento a las condiciones que establezca la Ley, razón por la cual mediante decreto ordenará la constitución de la persona estatal, acudiendo a la forma originaria de derecho privado que le parezca más conveniente, y consecuencialmente se ajustará al correspondiente régimen de derecho privado.

Sin embargo, pese a todos los razonamientos expuestos en los párrafos anteriores, debe admitirse que excepcionalmente el Estado podría constituir mediante ley un ente estatal de carácter público, si así lo decide, para lo cual aparece facultado por el artículo 303 de la Constitución que le ordena conservar la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) o del ente que se llegue a crear para manejar la industria petrolera. Efectivamente, decimos que es excepcional porque PDVSA, totalmente estatal, está constituida como sociedad mercantil, pero podría ocurrir que mediante ley se crease una nueva sociedad para sustituirla, y se expresase, como ocurre con la sociedad de Transporte y Ferrocarriles española (RENFE), cuya ley establece que es un ente público, actuando en un régimen de derecho mercantil. Sólo de esa manera podría acudirse a la creación de una persona jurídica estatal de derecho público, en virtud de que estaría “encuadrada” en la estructura organizativa del Estado, atendiendo a la variable patrimonial (posesión de la totalidad de las acciones), y sería pública por obra de la ley de creación. Insistimos en que una persona jurídica con esas características, pero sin

esa denominación, no resulta desconocida en el Derecho Comparado, especialmente en España, Italia y Francia, sobre todo en el ámbito de los denominados entes económicos.

8.6.6.5. **Conclusiones derivadas de la relación entre personas jurídicas estatales y personas jurídicas públicas.** En razón de que la consagración constitucional de las personas jurídicas estatales, así como del establecimiento de la modalidad de las personas jurídicas estatales de carácter público en el dispositivo de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que define dicho sector (art. 6, num. 7), plantea un panorama jurídico controversial, dado el carácter didáctico del libro, a continuación esbozamos sintéticamente nuestras conclusiones sobre el asunto:

Primera: La categoría de las personas jurídicas o entes estatales era conocida doctrinaria, mas no normativamente bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Su construcción conceptual obedecía al "encuadramiento del ente" en la organización administrativa del Estado, para lo cual era necesario determinar si dicho ente estaba sometido al control de tutela por parte de la Administración Central, o ésta tenía en el mismo una participación patrimonial mayoritaria.

Segunda: La Constitución de 1999 en varios de sus artículos consagra la figura de los entes estatales, estableciendo una clara diferencia entre ellos y los entes públicos, cuando establece el carácter privado de los primeros, y apunta hacia su creación por parte de la Administración Pública sobre la base de la variable de la participación patrimonial.

Tercera: De mantenerse la concepción doctrinaria que erige como variables determinantes del aludido "encuadramiento" del ente al control de tutela y la participación patrimonial mayoritaria del Estado, entonces en principio, toda persona jurídica pública descentralizada funcionalmente será estatal, por ejemplo, los Institutos Autónomos, las Universidades, etc pero no toda persona estatal deberá reputarse pública, verbigracia las

empresas del Estado, las fundaciones, asociaciones y sociedades del Estado, las cuales tienen carácter privado. Excepcionalmente existirán personas jurídicas públicas, que no son estatales, como los colegios profesionales, de los cuales no es posible predicar su encuadramiento en la estructura organizativa del Estado, ni por la vía del control de tutela, ni por la vía la participación patrimonial.

Cuarta: De conformidad con el marco normativo sobre las personas jurídicas estatales reflejado en la Constitución de 1999, es posible predicar una clara diferencia entre **entes estatales y entes públicos**, basada en la variable participación patrimonial mayoritaria del Estado, a los fines de la determinación del encuadramiento del ente en la estructura organizativa de la Administración Pública. Y atendiendo a esa diferencia puede postularse que todos los entes estatales revestirán carácter privado, lo que excluye la existencia de entes estatales de carácter público, tal como aparecen previstos en el artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Por supuesto que esta es una tesis sujeta a revisión, pues supone la exclusión del control de tutela como indicador del "encuadramiento del ente" en la estructura organizativa del Estado.

Quinta: El último dispositivo legal antes citado pareciera colidir con los artículos 145 y 300 de la Constitución, motivo por el cual se impondría estudiar la posibilidad de su inaplicación por parte de las autoridades competentes, lo que mantendría inalterada la neta distinción entre entes públicos y estatales, siempre articulada únicamente sobre la variable participación patrimonial mayoritaria del Estado, a los fines de configurar el "encuadramiento" del ente en la estructura organizativa de la Administración Estatal. En el contexto de esta tesis de todas maneras habría la posibilidad, de conformidad con el artículo 303 de la Constitución, por vía excepcional, de constituir un ente estatal de carácter público.

8.6.7. **Personas jurídicas de derecho público corporativas o asociativas y fundacionales o institucionales.** Esta clasificación que obe-

dece al marco conceptual expuesto en la primera parte de este Capítulo, encuentra aplicación en Venezuela, en la categoría de los entes públicos no territoriales, es decir, descentralizados funcionalmente. Pero hay que tener mucho cuidado en evitar hacer una indebida equiparación automática entre entes estatales y entes públicos, pues los primeros también tienen su origen en la figura de la descentralización. Pues bien, si se atiende a la mencionada observación es posible ubicar en términos generales entre los entes corporativos a las universidades nacionales, los colegios profesionales, los institutos de previsión social de los colegios profesionales, las academias científicas y las iglesias, sin ninguna duda la católica, todos con un sustrato corporativo integrado por personas (universitas personarum), y entre los entes fundacionales o institucionales a los institutos autónomos, y de alguna manera al Banco Central de Venezuela, los cuales detentan un sustrato real, constituido por un conjunto de bienes que se afectan al logro de un fin (universitas bonorum o rerum).

Hay que advertir, como enseñan los autores y la realidad, que el Derecho positivo trasciende las mejores construcciones clásicas u ortodoxas en el mundo del derecho, obligando muchas veces a su revisión, o sencillamente a admitir posturas eclécticas. Eso es precisamente lo que ocurre cuando en Venezuela se acude a la clasificación bajo examen, y en la categoría de las personas jurídicas fundacionales es posible encontrar algunas de ellas, las cuales cumplen con tener su origen en el proceso de descentralización funcional, y en la afectación de una masa de bienes para la consecución de un determinado fin vinculado al interés general, pero que a la vez tienen un sustrato corporativo, verbigracia el Instituto de Previsión y Asistencia Social para el personal del Ministerio de Educación (IPASME), y el Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, entre otros. Pese a esas atipicidades los rasgos generales de dichos entes públicos conducen a ubicarlos en la categoría de entes fundacionales o institucionales, sólo que el operador jurídico debe tenerlas muy presente en el momento en que le corresponda abordar un caso relacionado con cualquiera de esos institutos autónomos.

Cabe advertir finalmente que algunos autores durante la vigencia de la Constitución de 1961 afirmaban que en la clase de entes asociativos entraban algunos (poquísimos) con forma de sociedad anónima, creados mediante ley, en los cuales la totalidad del capital accionario pertenecía al Estado. Concretamente mencionaban el desaparecido Banco de Desarrollo Agropecuario y al Banco Industrial de Venezuela. Por tanto, la única especie de esa pretendida categoría sería el último de los bancos mencionados, lo que de alguna manera replantearía el problema que suscita la consagración de las personas jurídicas estatales de derecho público en el artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, pues pudiera pensarse que el Banco Industrial sería una especie de este género.

Sin embargo, esa discusión que en nuestro criterio aparecía ya superada, porque esa entidad bancaria, en su ley de creación no es definida en ninguna parte como **ente de derecho público**, y por el contrario, el texto legal la dibuja como una persona jurídica privada, y por ende, regulada por el derecho privado, con la particularidad, y única diferencia, con los demás entes privados, de que es creado por una Ley formal. Pero nos preguntarnos nosotros ¿acaso basta únicamente que una Ley cree un ente, para que automáticamente revista carácter público?, máxime si éste aparece configurado en dicha Ley con todas las características propias de una sociedad anónima, al punto que el texto legislativo podría ser cambiado perfectamente por unos Estatutos redactados por particulares.

Ante esta interrogante respondemos que si bien se puede admitir que toda persona jurídica de derecho público tiene que ser creada por Ley, no toda persona jurídica que tenga su origen en una Ley, necesariamente detenta naturaleza pública; por consiguiente, resulta factible y posible la creación de una persona jurídica de derecho privado mediante una Ley, que consideramos es la situación, un tanto atípica, que se presenta con el Banco Industrial de Venezuela. Si bien esa fue la tesis que esgrimimos para negar el carácter público del aludido Banco, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, estimamos que la misma

mantiene su validez, y ahora con mayor basamento, puesto que se corresponde con la figura de las **personas jurídicas estatales de derecho privado**, contempladas en el artículo 145, así como en los artículos 180, 190 y 300 constitucionales, sin que resulte desvirtuada por el citado artículo 6, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, tal como lo expusimos en el punto 8.6.5.4.

También estaba considerado como ejemplo de las personas jurídicas asociativas de derecho público el Banco Central de Venezuela, pero habría que decir que hasta diciembre del año 1992, cuando fue reformada la Ley que lo regulaba. Efectivamente, dicho texto normativo derogado pautaba en su articulo 1:

> *"El Banco Central de Venezuela creado por Ley de 8 de septiembre de 1939 es* ***una persona jurídica Pública*** *con la forma de Compañía Anónima, cuyo domicilio está en la ciudad de Caracas, y con un término de duración indefinido."* (énfasis añadido).

Además otras disposiciones de ese mismo texto estaban especialmente destinadas a regular la forma de sociedad anónima del Banco, tales como las que integraban el Capítulo III intitulado "Del Capital y las Acciones". Pero en la ley que entró en vigencia el 4 de diciembre de 1992 se eliminó la referencia a la forma de sociedad anónima que detentaba el Banco, la cual desaparece de su definición, consagrada en el artículo **12** del mencionado texto legislativo así:

"El Banco Central de Venezuela, creado por la Ley del 8 de septiembre de 1939, es una **persona jurídica pública de naturaleza única**", y además el Capítulo III de la anterior ley que regulaba al capital y a las acciones es sustituido por uno relativo al patrimonio. Ahora bien, evidentemente que se logró la eliminación de la forma de sociedad anónima con que la Ley derogada configuraba expresamente al Banco. Sin embargo, es preciso acotar que pese a las citadas disposiciones de la Ley

vigente, todavía se mantienen previsiones, sobre todo en lo atinente a su organización, que reflejan una estructura propia de los entes societarios.

Pensamos que no resultaba necesario, a los fines de poner término a la dicotomía que presentaba el Banco entre persona jurídica de derecho público y sociedad anónima, la que por lo demás sirvió en 1985 a la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, para declarar que el Presidente de dicha Institución, dada su forma de sociedad anónima, era un mandatario "ad nútum", prescribir que era una persona jurídica pública de **naturaleza única**, pues tal disposición sólo sirve para generar confusión, en virtud de que lo más importante a los fines de la definición de la naturaleza de esta institución era su calificación como pública o privada, y resulta claro que al definirla como una persona de derecho público en ese mismo artículo, automáticamente se le estaba identificando su naturaleza, ya que si lo que se pretendía –reiteramos– era eliminar la confusión que eventualmente podría originarse con la expresión "persona jurídica de derecho público con la forma de Compañía Anónima", bastaba, como en efecto se hizo, con omitir toda referencia a esa forma jurídica originaria de derecho privado.

Pero cualquiera duda que todavía pudiese suscitarse durante la vigencia de la Ley de 1992 con relación a la naturaleza jurídica del Banco, queda totalmente despejada en la Constitución de 1999, que en su artículo 318 además de atribuirle la competencia exclusiva y excluyente del Poder Nacional en materia monetaria, así como en la regulación del crédito, las tasas de interés, y la administración de las reservas internacionales, lo define en forma indubitable como una **persona jurídica de derecho público**. De modo, pues, que el marco regulatorio constitucional del Banco Central de Venezuela conduce a excluirlo de la categoría de los entes públicos asociativos o corporativos, en primer lugar, porque no aparece ni un asomo del sustrato corporativo, en segundo lugar, porque no reviste consecuencialmente la forma de sociedad anónima, y en tercer lugar, porque la definición de ente público contenida en la Constitución, así como las trascendentes competencias que le son atribuidas,

permite pensar que debe ser ubicado en los entes fundacionales o institucionales. Hay que acotar finalmente que la Ley del Banco Central de Venezuela sancionada por la Asamblea Nacional en agosto de 2001, pese a la clara expresión constitucional de la naturaleza pública del Banco, a la cual aludimos anteriormente, mantuvo en el artículo 1 del referido texto legislativo la expresión "**de naturaleza única**".

En materia de clasificación de los entes públicos hay que aludir brevemente a los territoriales y no territoriales, estando los primeros identificados en los artículos 16 y 170 de la Constitución, a saber: la República, los Estados, el Distrito Capital, los Distritos Metropolitanos y los Municipios, los cuales en general, salvo los Distritos Metropolitanos, resultan de la forma de estado federal descentralizado que el artículo 4 ejusdem le confiere a Venezuela. Los no territoriales, son aquellos en que, a diferencia de los primeros, el territorio no resulta su elemento constitutivo, y resultan, como ya se dijo, del proceso de descentralización funcional, institucional o por servicio, acometido por cada uno de los entes territoriales, dando lugar a entes públicos no territoriales nacionales, estadales y municipales.

8.6.8. **Identificación de las personas jurídicas de derecho público.** Evidentemente que la identificación de los entes de derecho público pasa, en primer lugar, por ubicar la norma o las normas del ordenamiento jurídico que los definen o contribuyen a identificarlos de manera general, que no son otras que las relativas a la regulación del elemento plurisubjetivo del Estado. Así por ejemplo, en nuestro país el artículo 19 del Código Civil, que analizaremos más adelante, prescribe que son personas jurídicas de derecho público la Nación y las Entidades políticas que la componen, las universidades y, en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público. Igualmente los artículos 318, 319, 159, 168, y 180, constitucionales, se refieren a las personas jurídicas de derecho público, algunas en forma general, y otras veces como en el caso de los artículos 318, 159 y 168 para identificar a particulares entes públicos, como el Banco Central de Venezuela, los Estados y los Municipios.

Por supuesto que de los problemas atinentes a la identificación de las personas jurídicas públicas, están excluidos los entes territoriales, definidos como tales tanto por la Constitución, como por el Código Civil, instrumento este que también enumera en esa categoría, lógicamente no territoriales, a las universidades y a las Iglesias, razón por la cual los referidos problemas giran en torno a los entes públicos descentralizados funcionalmente que aparecen no tipificados, denominados por el referido Código como "demás seres morales de carácter público".

Por lo tanto, si de lo que se trata es de identificar a un ente que encuadra en cualquiera de esas categorías (universidades iglesias, institutos autónomos), entonces deberá reputarse como público. De todas maneras cuando se trate de un ente no territorial siempre será prudente acudir al respectivo texto legal que lo crea, a los fines de determinar si existe una definición expresa del mismo. En caso de que existiera, ella funcionaría como una disposición normativa confirmatoria de la naturaleza pública, y ante el silencio de la ley, funciona el encuadramiento en la categoría general, por lo que deberá concluirse que tiene naturaleza pública.

En la hipótesis previsible de que no resulte posible ubicarlas en las citadas categorías generales, el primer paso debe ser acudir a la ley que regula el ente, de tal suerte que si en el texto legislativo aparece definido como público, entonces privará esta disposición de derecho positivo, y por tanto, se descartará la idea de acudir a los otros métodos o teorías de identificación de las personas jurídicas de derecho público (formas jurídicas originarias, teoría del fin, índices de reconocimiento y relación de servicio), e igualmente debe soslayarse cualquier intento de interpretación tendiente a desvirtuar la definición legislativa. Quizás esta forma pragmática de identificación cobre mayor importancia en Venezuela, debido, a que en principio, sólo es posible crear figuras subjetivas de derecho público mediante Ley.

8.6.9. **Examen de la norma del Código Civil (art. 19) sobre el elemento plurisubjetivo del Estado, en lo concerniente a los entes públicos.** Conforme a la teoría italiana sobre los ordenamientos jurídicos, cada Ordenamiento General tiene la aptitud para seleccionar o escoger los elementos integrantes de su sustrato subjetivo, mediante su consagración en una o varias disposiciones legales. En el caso venezolano una de las normas fundamentales sobre el elemento plurisubjetivo está contenida en el artículo 19 del Código Civil de 1942, reformado parcialmente en 1982, el cual preceptúa:

> *"Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:*
> *1° La nación y las entidades políticas que la componen.*
> *2° Las iglesias de cualquier credo que sean, las universidades y en general todos los seres o cuerpos morales de carácter público..."*

La lectura del dispositivo transcrito parcialmente, revela que el legislador fue receptivo de la tesis doctrinaria que postula que las personas jurídicas de base territorial son de por sí entes públicos, razón por la cual estatuyó que son entes públicos la República, los Estados y los Municipios. Hay que advertir que la Constitución de 1999, si bien no define expresamente a la República como ente público, de varios de sus artículos, que examinaremos más adelante, se desprende inequívocamente dicho carácter. En cambio, en el caso de los Estados el texto constitucional establece claramente en el artículo 159 que son entidades autónomas con "personalidad jurídica plena". Sin dudas que la utilización del vocablo "plena" no deja de ser una impropiedad conceptual, pues en principio todas las personas jurídicas, resultan de la equiparación por parte del ordenamiento jurídico con la persona natural que es la dotada de la mayor subjetividad; luego a la luz de este basamento teórico todas las personas jurídicas son iguales en producción e imputación de efectos jurídicos, de tal suerte que no existen unas "plenas" y otras que no sean "plenas" lo que sí puede ocurrir, como expresamos antes, es que excepcionalmente

algunas figuras subjetivas **no revestidas de personalidad jurídica**, detenten un mínimo de subjetividad, pero obviamente no es el caso de los Estados que integran a la República.

Igualmente los Municipios aparecen definidos como personas jurídicas en el artículo 168. Más adelante los artículos 170 y 180 constitucionales prevén las categorías de "entes públicos territoriales" y "entes políticoterritoriales", los cuales indudablemente están referidos tanto a los Estados como a los Municipios, perfeccionando de esa manera su definición de entes públicos. En suma, las únicas personas jurídicas de derecho público de base territorial, o dicho de otra manera, para las cuales el territorio resulta esencial a su existencia, son la República (el Estado), los Estados y los Municipios, y después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el denominado Distrito Capital y los Distritos Metropolitanos, contemplados en sus artículos 16 y 170.

Cabe aclarar en este punto que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Italia y España, en los cuales las Regiones son verdaderas personas jurídicas territoriales, en Venezuela, la figura de la región, cuando se intentó regionalizar al país, fue una creación de rango sublegal, de naturaleza puramente administrativa, tendente a optimizar la actuación de los órganos de la Administración Central en espacios, previamente delimitados mediante decretos, del territorio nacional; por tanto, además de no tener base territorial, carecen de personalidad jurídica, y como veremos en el Capítulo XI, después de iniciado el proceso de descentralización en 1989, el cual deberá profundizarse después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el fenómeno de la denominada "regionalización administrativa" debe considerarse extinguido.

De modo, pues, que no existiendo ninguna posibilidad de que se susciten distintas tesis interpretativas acerca de la identificación de las personas jurídicas de derecho público, de base territorial, en virtud de estar constituidas por un número cerrado, por disposición de las normas del Ordenamiento Jurídico General atinentes a los elementos que com-

ponen su sustrato subjetivo, resta solamente entrar a examinar el artículo 19 del Código Civil en lo que respecta a las personas jurídicas no territoriales, o descentralizadas funcionalmente. Y en ese sentido se observa que el citado dispositivo alude en primer lugar a las **universidades,** –debe entenderse que las nacionales, pues las privadas, pese a que su finalidad pueda coincidir parcialmente con el interés público, son de derecho privado–, entes sobre los cuales actualmente no existe ninguna duda acerca de su naturaleza de persona jurídica de derecho público, no obstante, observa CABALLERO ORTIZ (1984), que el referido vocablo debería indicar más bien "masa de bienes", ya que para la fecha en que aparece por primera vez en el Código Civil, estos institutos de educación superior eran órganos dependientes del Ejecutivo Federal, y por tal razón carecían de personalidad jurídica.

La mencionada observación tiene un valor académico, puesto que evidentemente si no existían las universidades como institutos personificados, mal podían ser incluidas dentro del esquema normativo bajo examen, no obstante esa inclusión pudo haber obedecido a la voluntad del legislador de darle ese carácter a partir de la entrada en vigencia del Código, a las Universidades, lo que resulta perfectamente ajustado a una correcta técnica legislativa, o bien pudo obedecer a una inadvertencia del legislador, al transcribir en él una disposición de un instrumento jurídico extranjero, que bien pudo ser de Francia, pues no debe olvidarse, como se expuso precedentemente, que fue en ese país donde se originaron los denominados establecimientos públicos, de base no territorial, siendo sus modalidades emblemáticas durante mucho tiempo, precisamente **las universidades** y los hospitales.

Sin desconocer –reiterarnos– la importancia de la observación de Caballero Ortiz, lo importante para el desarrollo del presente trabajo es dejar sentado que las universidades nacionales son entes públicos de naturaleza corporativa, dotados de una gran autonomía, pues conforme al artículo 9 de la Ley de Universidades tienen autonomía organizativa, académica, administrativa, económica y financiera. Más aún: esa auto-

nomía se refuerza por ser uno de los pocos entes públicos descentralizados funcionalmente, que no están adscritos a ningún órgano de la Administración Central, razón por la cual escapan al control de tutela que ejerce la Administración Central sobre los demás entes descentralizados institucionalmente, sin que ello signifique que escapen a todo tipo de control por parte del Estado, el cual lo ejerce, como se dijo antes, por medio del Consejo Nacional de Universidades. Además, a diferencia de las restantes personas jurídicas públicas no territoriales, son creadas por un instrumento de rango sublegal, en razón de que así lo dispone el artículo 8 de la Ley de Universidades, en los siguientes términos: "... Las Universidades Nacionales adquirirán personalidad jurídica con la publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del Decreto del Ejecutivo Nacional por el cual se crean".

Por lo que concierne al carácter de personas jurídicas de derecho público de las "Iglesias de cualquier credo", como pareciera desprenderse del artículo 19, ordinal 2° del Código Civil, es necesario destacar que se han suscitado dudas acerca de dicho carácter. Así LARES MARTÍNEZ (1990) sostiene: "Quedan comprendidas en esta expresión la Iglesia Católica y las demás que se constituyan en el país para practicar cultos y obtengan del Ejecutivo Nacional el reconocimiento de que sus leyes internas no contrarían los principios de orden público contenidos en la Constitución y leyes de la República". En cambio, Caballero Ortiz (1984) afirma sobre el mismo tema " ... no parece tener mayor sentido el que se repute a las iglesias de cualquier credo que sean, como seres o cuerpos morales de carácter público". Lamentablemente el referido autor no aporta ningún argumento que sustente dicha afirmación.

Sin embargo, sin entrar a analizar el tema, porque escapa a los objetivos del trabajo, queremos dejar sentado que por lo menos la Iglesia Católica detenta, en Venezuela, personalidad jurídica de derecho público, porque así lo establece categóricamente el artículo 4 de la Ley Aprobatoria del Convenio (Modus Vivendi) celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede Apostólica, en los siguientes términos: "Se

reconoce a la Iglesia Católica de la República de Venezuela como persona jurídica de **derecho público...".**

En suma, queda fuera de toda duda que la Iglesia Católica debe reputarse como una persona jurídica de derecho público, por disponerlo, no tanto el Código Civil, sino más bien una Ley especial, no obstante, estimamos que resulta necesario profundizar en el análisis del artículo 19, ordinal 2° del Código Civil, sobre todo acudiendo al instrumento de la investigación histórica, para llegar a una conclusión definitiva que afirme o niegue el carácter de entes públicos a las iglesias de cualquier credo. Finalmente, cabe precisar que los demás "seres o cuerpos morales" a que alude el dispositivo normativo en comento, son los que integran a la Administración Descentralizada funcionalmente, tanto a nivel nacional, estadal y municipal, dentro de los cuales destacan los institutos autónomos contemplados en el artículo 142 constitucional, y en los artículos 95, 96, 97, 98 y 99 de la LOAP, los colegios profesionales creados por leyes especiales, previstos de manera general en el artículo 105 de la Constitución, y las academias (Ciencias Políticas y Sociales, de la Historia, de la Lengua, de Ciencias Físicas y Matemáticas y de Ciencias Económicas) contempladas en sus respectivas leyes de creación.

8.6.10. **El Régimen jurídico de los entes públicos descentralizados funcionalmente.** Nos referiremos en este acápite exclusivamente, en forma sucinta, a los rasgos generales que caracterizan al régimen jurídico de los entes públicos no territoriales, pues el relativo a los territoriales enumerados fundamentalmente en la Constitución, escapa a los objetivos del presente trabajo. Y en ese orden de ideas ha de advertirse que los rasgos que mencionaremos resultan del examen de distintos instrumentos normativos, y especialmente la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública. Cabe destacar dentro de esos rasgos: a) La reserva legal en materia de creación de entes públicos, motivo por el cual toda persona jurídica de esta naturaleza únicamente puede ser creada por ley formal o por acto normativo con fuerza de ley.

En relación a este elemento cabe advertir que el mismo se infiere de una interpretación extensiva del artículo 142 constitucional, antes 230, que establece que sólo mediante ley pueden ser creados **institutos autónomos**. Es cierto que el precepto constitucional alude únicamente a una modalidad de los entes públicos, a diferencia por ejemplo de la Ley italiana, que estatuye que todo ente público debe ser creado mediante ley. Sin embargo debe admitirse que el **instituto autónomo** es la modalidad más emblemática de los entes públicos no territoriales en Venezuela, debido a su trascendente importancia, tanto cuantitativa como cualitativa. En efecto, la gran mayoría de los entes públicos están constituidos en forma de institutos autónomos, y no debe olvidarse que esa fue la forma de personificación que adoptaron en 1928 las primeras entidades descentralizadas funcionalmente (Banco Obrero y Banco Agrícola y Pecuario) en Venezuela, e igualmente los entes públicos de mayor importancia desde el punto de vista cualitativo, también adoptan ese módulo de personificación.

De allí que la interpretación extensiva, o en todo caso analógica, derivada de la semejanza estructural de la situación relativa a la creación de esta categoría de entes públicos, con cualquier otra modalidad de los mismos, por ejemplo, cuando se crea un colegio profesional, conduzca sin mayores obstáculos a postular que la reserva legal se extiende a cualquier tipo de ente público que pretenda crear la Administración, mediante la fórmula de la descentralización funcional. Además tal tesis interpretativa está en sintonía con la realidad, en tanto que desde 1961 cuando se ha creado un ente público se ha hecho mediante ley, lo que sin dudas revela que las autoridades del Estado siempre han derivado –antes del artículo 230– y ahora del 142 de la Constitución, la tesis que propugna la necesidad de una ley para la creación de un ente público.

Ahora bien, debemos destacar que la tesis anterior derivada del artículo 142 constitucional, es desarrollada por la LOAP, al establecer de manera general en su artículo 16, primer aparte, por interpretación a contrario, que la “ supresión, modificación de órganos y **entes adminis-**

trativos se adoptará mediante actos que gocen de **rango normativo** igual o superior al de aquellos que determinaron su creación o última modificación". En efecto, si la supresión debe hacerse mediante un acto normativo de igual rango al utilizado para la creación, y la norma tiene un carácter general, es decir, abarca a toda clase de entes públicos descentralizados funcionalmente, no cabe duda, en primer lugar, que esa creación tiene que revestir carácter normativo, y en segundo lugar, que ese acto debe tener rango de ley, ya que el carácter genérico de la disposición, permite inferir que los órganos serán creados mediante actos normativos de rango sublegal, y los entes mediante actos de rango legal, tal como aparece desarrollado, por lo demás, a lo largo de todo el texto de la ley (servicios autónomos sin personalidad jurídica, comisionados presidenciales, institutos autónomos, etc.).

Por otra parte, del mismo dispositivo normativo transcrito se desprende que la supresión y modificación de los entes, igualmente opera mediante ley o decreto con valor de ley, razón por la cual los órganos del ente creado carecerán de competencia, por mucha que sea su autonomía, para decretar su propia extinción. Esa disposición general es precisada en el artículo 99 de la misma ley para el caso de los Institutos Autónomos; b) Los entes públicos están dotados de la potestad de autotutela, tal como se desprende de los artículos 8, 81, 82, 83, 84, 94 y 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; c) En general los funcionarios que le prestan servicios a los entes públicos están regidos por una ley especial diferente a la que regula a los que prestan servicio a los patronos privados, articulada sobre el principio de la relación estatutaria, que en este caso es la Ley de Carrera Administrativa, sin que ello obste para que el ordenamiento arbitre fórmulas legales que le permitan suscribir, bajo determinadas condiciones, convenciones colectivas de trabajo.

d) En ejercicio de sus potestades administrativas los entes públicos están regidos por leyes especiales, que en el caso de Venezuela encuentran concreción, en términos generales, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que delinea el procedimiento ordinario o sumario

de actuación de esta clase de entes, pero los cuales pueden ser modificados por leyes especiales, es decir, por el instrumento normativo mediante el cual se crea el ente; e) Los entes públicos en sus actuaciones detentan la prerrogativa de la autarquía, en virtud de que sus actos tienen la misma naturaleza y efectos que los proveimientos que dictan los órganos de la Administración Central, tal como se desprende de los artículos 8, 79 y 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; f) Están sujetos a particulares relaciones con los entes territoriales que los crean, que generalmente son de tutela, tal como lo establece el artículo 76, numeral 12, de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y el artículo 15, numeral 1, del Decreto Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones Civiles del Estado, a la Administración Central.

Esa relación se traduce esencialmente en actividades de control que ejerce la Administración Central, las cuales aparecen enumeradas en forma general en los artículos que van del 115 al 128 de LOAP , y en las que tienen su origen en los mecanismos contralores que se ajustan a la particularidad de cada ente, previstas en cada ley de creación, y desde luego pueden coincidir o diferir unos de otros. Cita CABALLERO (1984) entre los más importantes el control sobre los contratos, sobre las tarifas, sobre la venta de bienes inmuebles, sobre los reglamentos internos, sobre el presupuesto, sobre las actividades en general, sobre el balance y sobre los actos administrativos; g) Los actos que dicten los entes públicos deben ser impugnados ante una jurisdicción diferente a la ordinaria, la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo prevé el artículo 259 de la Constitución, y los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, todavía parcialmente vigente; y h) Los entes públicos están sujetos al control externo de la Contraloría General de la República, pues así lo establece el artículo 289 de la Constitución, y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

8.6.11. **Conclusiones sobre el régimen de los entes públicos (personas jurídicas de derecho público).** Dada las dificultades que se susci-

tan en la exposición de un tema complejo como las personas jurídicas de derecho público, máxime si se pretende hacerlo en forma sucinta, como en el presente caso, consideramos necesario, por razones didácticas, formular las conclusiones que se derivan de todo lo expuesto anteriormente. Son las siguientes:

Primera. De conformidad con la Teoría de los Ordenamientos Jurídicos formulada por SANTI ROMANO (1945) y MASSIMO SEVERO GIANNINI (1990), las personas jurídicas son una especie del género de las figuras subjetivas, las cuales a su vez se originan en la aptitud del Ordenamiento Jurídico General (Estado) para, mediante un acto de normación, seleccionar los elementos que forman su componente plurisubjetivo.

Segunda: Originariamente las personas jurídicas de derecho público se identificaban por el módulo utilizado para su personificación ("formas jurídicas originarias"), estando dichas formas de derecho público caracterizadas porque la base territorial resultaba esencial para su existencia. Se limitaban al Estado, a las Provincias, Regiones y Municipios, así como las de Derecho Privado estaban reducidas a las asociaciones, sociedades y fundaciones.

Tercera: El criterio de las "formas jurídicas originarias" perdió casi toda su utilidad en la identificación de las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, cuando surgió el establecimiento público, como persona jurídica no territorial, encargada de prestar un servicio público, cuyo número se incrementó posteriormente, y se extendió hasta los ámbitos industriales y comerciales (establecimientos públicos comerciales e industriales). Al surgimiento de esta figura se adiciona la utilización de formas jurídicas típicas de derecho privado, como las sociedades anónimas, para gestionar el interés público. La proliferación de entes públicos origina la formulación de un conjunto tesis para tratar de identificarlos a priori, entre las cuales cabe mencionar : a) la del fin institucional; b) la de los indicadores de reconocimiento de los entes públicos y; c)

la de relación de servicio del ente con el Estado, ninguna de las cuales fue considerada suficiente por la doctrina para lograr el cometido de identificar a priori a las personas jurídicas de derecho público.

Quinta: En el Ordenamiento Jurídico venezolano están previstas las personas jurídicas de derecho público tanto en la Constitución, como en el Código Civil y en la Ley Orgánica de la Administración Pública, siendo posible clasificarlas en territoriales y no territoriales, y esta última categoría denominada también descentralizada funcionalmente, a su vez puede dividirse en corporativas o asociativas y funcionales o institucionales. Las corporativas integradas por los colegios profesionales, las universidades nacionales, las academias, las iglesias y las fundacionales por los institutos autónomos y el Banco Central de Venezuela. En todo caso para identificar una persona jurídica, la cual no sea encuadrable de manera directa en cualquiera de las categorías generales contempladas en la Constitución y en el Código Civil, sería deseable seguir el siguiente procedimiento: 1) Analizar el derecho positivo, pues si la Ley de creación la define como pública, resulta innecesaria cualquiera otra indagación, verbigracia como ocurre con los Colegios Profesionales. 2) En caso de que no resulte posible ubicar esa calificación en la ley, entonces sí entrará en juego todo el marco conceptual relativo a las tesis formuladas por la doctrina para identificar a los entes públicos, o sea, la teoría del fin, de los índices de reconocimiento, de la relación de servicio con el Estado, y de las formas jurídicas originarias. Se tratará de una operación de reflexión jurídica, que impondrá estudiar en primer lugar el contexto normativo (legal y estatutario). Todos los pasos posteriores al primero deben darse en forma armonizada, para tratar de llegar a una conclusión en torno a la figura subjetiva, cuya naturaleza pública o privada pretende determinarse. No debe olvidarse que en principio en nuestro Ordenamiento Jurídico todo ente público tiene que ser creado mediante una ley, salvo el caso de las universidades nacionales, que opera mediante un Decreto del Ejecutivo Nacional.

Sexta: El artículo 19 del Código Civil contiene una de las normas del Ordenamiento Jurídico General (Estado venezolano), que define los elementos que integran su componente subjetivo, y en lo atinente a las personas jurídicas de derecho público las identifica así: territoriales: la República, los Estados y los Municipios. No territoriales: las universidades nacionales, las iglesias –sin duda la Católica– y los demás seres o cuerpos morales, los cuales están constituidos por los entes descentralizados funcionalmente. La Constitución de 1999 incluye entre los territoriales al Distrito Capital y a los Distritos Metropolitanos, y define expresamente como ente público no territorial al Banco Central de Venezuela.

Séptima: Lo más importante de destacar del régimen jurídico de los entes públicos descentralizados territorialmente en Venezuela, es la inexistencia de una disciplina general sobre los mismos, pese a que hay que reconocer que en ese sentido la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública constituye un significativo avance, aunque realmente no contenga la referida disciplina general; no obstante los rasgos más importantes que se derivan del ordenamiento jurídico son: a) su creación es materia de reserva legal, b) el personal que le presta servicio está regido por una ley especial; c) detentan la potestad de autotuela, d) sus actos están revestidos de la nota de la autarquía, e) están sujetos al control de tutela por el Estado; f)están sujetos al control externo de la Contraloría General de la República; g) sus actos son impugnados ante una jurisdicción especial: la jurisdicción contencioso administrativa; y h) en el ejercicio de sus competencias están regidas por una ley especial: la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, cuyos procedimientos generales son susceptibles de derogación por las leyes de creación de los entes públicos.

Octava: Pese a que doctrinaria, normativa y jurisprudencialmente se utilizan varias denominaciones para referirse a los entes públicos, a saber: personas jurídicas públicas, establecimientos públicos, cuerpos morales de carácter público, figuras subjetivas de derecho público, e in-

clusive incorrectamente organismos públicos, a la luz del nuevo marco constitucional, las expresiones más generales son las de **entes públicos y personas jurídicas de derecho público**, ambas contempladas expresamente en la Constitución; de allí que resulta preferible usar, por los menos en los instrumentos normativos, esas dos expresiones, e ir dejando de lado por obsoletas las de establecimiento público y cuerpos morales de carácter público, la de figura subjetiva de derecho público, por carecer de sintonía en el ordenamiento jurídico venezolano, y la de organismo jurídico por constituir un grave error conceptual. De todas maneras en el ámbito doctrinario y jurisprudencial puede recurrirse a todas ellas, con excepción de la última mencionada, en virtud de que existe consenso acerca de que no alude para nada a la noción de ente público. Hay que acotar que la LOAP sancionada en septiembre de 2001 opta por la expresión **ente público**.

8.6.12. **La personalidad jurídica del Estado.**

8.6.12.1. **Breve recuento histórico relativo a la elaboración del concepto de personalidad jurídica del Estado.** Como expusimos precedentemente, SANTAMARÍA PASTOR (1991) con mucha razón sostiene que a un jurista o a cualquiera persona informada de nuestro tiempo, le resulta natural admitir que el Estado o las distintas organizaciones públicas deban ser consideradas **como personas jurídicas,** si es que se quiere que dichas organizaciones puedan ser titulares de derechos y obligaciones frente a los ciudadanos, pero ese nivel de conceptualización no resultaba posible para los hombres de tiempos anteriores, quienes se vieron obligados a referirse a esas entidades inmateriales mediante fórmulas míticas o simbólicas. En lo concerniente a los mitos a partir de los cuales se construye el concepto de la personalidad jurídica del Estado, cita los siguientes: a) la fábula organicista; b) el concepto de corona y; c) el concepto de fisco. De los tres nos detendremos únicamente en el último, por la confusión que en la doctrina menos reciente suscitó en cuanto a la personalidad jurídica del Estado.

El término fisco –*"fiscus"* en latín– originariamente en lengua latina servía para designar el recipiente para guardar monedas, concretamente donde era custodiado el dinero público. Durante la época del Principado Romano, pasa a designar la caja pública de la cual era titular el Emperador ("fiscus caesaris"), el cual se contraponía al "aerarium populi Romani", que era la Caja Central del Estado Romano, bajo el control del Senado. En cambio, el "fiscus caesaris" estaba bajo el control directo del Príncipe o Emperador. En definitiva, era una especie de patrimonio separado –público– que se derivaba de la administración de varias provincias por el Emperador, que pasaron a llamarse "imperiales", frente a la mayoría controladas por el Senado, –senatoriales–, de las cuales provenían los tributos que ingresaban al erario público (*"aerarium populi Romani"*).

Durante el Estado Policía o período Absolutista nuevamente vuelve a ser utilizado el término, y se elabora la "Teoría del Fisco", la cual postula una distinción entre la persona del monarca, depositario de la soberanía, y una "persona ficta", que sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) constituye una ficción a la que se le reconoce la condición de persona jurídica privada, lo que va permitir utilizarle como centro de imputación de relaciones de tipo patrimonial e, incluso, someterle a los Tribunales ordinarios". Cabe advertir que algunos autores pretendieron derivar de la Teoría del Fisco surgida durante el Absolutismo una escisión de la personalidad jurídica del Estado, la cual sería de derecho público en tanto en cuanto actuase en ejercicio de poderes soberanos, y de derecho privado en tanto en cuanto actuase patrimonialmente, tesis que como veremos más adelante ha quedado totalmente descartada, en virtud de que la doctrina está conteste en que el Estado tiene una personalidad única.

Retomando la teoría en comento, cabe precisar que ella surge en el mundo anglosajón, y tuvo la importancia, según FLEINER citado por MARIENHOFF (1964), que permitió a los súbditos la posibilidad de demandar a la autoridad, en la persona del Fisco, ante sus propios tribu-

nales territoriales, con tal de que la relación litigiosa tuviere carácter patrimonial. Esta importancia radica en que, como se expuso en el primer volumen de este manual, la característica fundamental del período Absolutista era la desvinculación absoluta del Monarca a la Ley; por consiguiente, antes de la formulación de la Teoría en comento, no resultaba posible demandarlo, o mejor dicho, demandar a la Administración, para reclamarle la responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse de su actuación. Debe quedar claro que cuando esa actuación era "ius imperiurn", pese a la vigencia de "la Teoría del Fisco" no resultaba posible ningún tipo de acción ante Tribunal alguno.

Vale la pena hacer notar que esta Teoría no se conoció ni tuvo ninguna repercusión en Francia durante el período Absolutista, pero en cambio después del advenimiento del Estado de Derecho, surgió de la doctrina del Consejo de Estado, la tesis de los denominados "actos de autoridad y actos de gestión", que en otro contexto se va a corresponder con la idea de la doble personalidad del Estado que se derivaba de la Teoría del Fisco, pues conforme a la tesis francesa, cuando el Estado dictaba actos de autoridad, lo hacía en ejercicio del "ius imperium", razón por la cual estaría regido por el Derecho Público, y cuando dictaba actos de gestión, descendía a igualarse con los particulares o administrados; por consiguiente, estaba regido por el Derecho Privado.

Debe quedar claro que la tesis francesa en ningún caso conducía a la inmunidad jurisdiccional de la Administración, pese a que los actos fuesen calificados como expresión del "ius imperium", pues precisamente como fue formulada después del advenimiento del Estado Derecho, sirvió para identificar la jurisdicción por ante la cual debía demandar el ciudadano, pero en cambio si denotaba la idea de la doble personalidad del Estado, que en otros países se había derivado de la Teoría del Fisco.

En el Derecho Moderno, debido al principio de la unicidad de la persona jurídica del Estado, prácticamente ha desaparecido el uso del término Fisco, al punto que GUIDO LANDI (1968) opina que "la no-

ción jurídica del fisco corno sujeto de derecho tiene hoy solamente un interés histórico, y los escritores de derecho público, en particular los administrativistas, que son los que más a menudo consideran necesario referirse a él, lo hacen desde un punto de vista meramente histórico, o tratan de la personalidad jurídica del Estado sin ni siquiera mencionarlo, o lo mencionan para negar su existencia". A pesar de esta opinión tan categórica, que dicho sea de paso, corresponde a la doctrina dominante, todavía en nuestro país encontramos que el término FISCO es utilizado por los legisladores. Así la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional lo menciona en varios de sus artículos (2, 4, 6, 9, 11 y 14, entre otros).

Pero si bien dicha utilización puede aparecer justificada, debido a que la versión originaria del mencionado texto legislativo tiene muchos años, y dichos dispositivos se han mantenido inalterados en las sucesivas modificaciones que éste ha sufrido, no se puede decir lo mismo de un texto relativamente reciente, como lo es el Código Orgánico Tributarlo de 1994, en el cual aparece el término Fisco en sus artículos 15, 197 y 201. Pero en todo caso hay que advertir, como veremos más adelante, que tal utilización del referido término parece inadecuada, porque la unicidad de la persona jurídica del Estado impide que la misma se ajuste a la acepción doctrinaria originaria, razón por la cual debe interpretarse el término "Fisco" en los referidos instrumentos normativos, como sinónimo de Estado.

Por otra parte, cabe recordar lo expuesto en la primera parte de este Capítulo sobre el origen del dogma de la personalidad jurídica del Estado, especialmente la coyuntura derivada de la especial situación del régimen dualista imperante en Alemania, país donde surgió el referido dogma, debido a la discusión que se suscitó después de la Revolución Francesa acerca de la determinación del titular de la soberanía, pues los teóricos franceses sostenían que era al **pueblo o la nación**, y los alemanes sostenían que era **el emperador o rey**. En la búsqueda de una solución ante estas dos posiciones antagónicas, los alemanes optaron por

proponer que el titular de la soberanía era el Estado, como realidad comprensiva del rey y del pueblo, y como la soberanía estaba constituida por un conjunto de potestades que debían ser ejercidas por una persona: ésta no podía ser otra que el Estado; de allí el origen de la formalización del dogma de la personalidad jurídica del Estado, que posteriormente va a ser complementada, como expresamos precedentemente, con la Teoría del Organo de GIERKE, y la de los derechos subjetivos públicos de JELLINEK.

8.6.12.2. **La unicidad de la personalidad jurídica del Estado.** Como se expresó anteriormente, la casi totalidad de la doctrina reconoce actualmente que la personalidad jurídica del Estado es **única**, pero con aptitud para actuar en el campo del Derecho Público y del Derecho Privado, o dicho de otra manera, que es una persona jurídica única, de carácter público, pero cuya actividad, según los casos, puede estar regulada por cualquiera de las ramas del derecho antes mencionadas. La referida aptitud no debe confundirse con personalidad, o sea, que debe rechazarse todo intento de escindir la personalidad jurídica del Estado en dos: una de derecho público y otra de derecho privado, pues como ha sostenido GARRIDO FALLA (1989) ello constituiría una "monstruosidad jurídica", en virtud de que –se insiste– el Estado como sujeto de derecho es siempre uno y único. Esta tesis la ilustra MARIENHOFF (1964), con un ejemplo tomado de Bulrich, que por ser sumamente didáctico, a continuación transcribimos:

> *"Así el Estado A que está en guerra con el país B, es el mismo Estado A que otorga una concesión dentro de su territorio, o el mismo Estado A, que celebra un contrato de locación con un particular al alquilar una casa para oficinas. En el primer caso la relación es de derecho internacional público, en el segundo de derecho público interno y en el tercero de derecho privado, pero en los tres casos el sujeto de la relación es siempre el mismo Estado A.* ***La naturaleza de la relación no modifica la naturaleza del sujeto****".* (énfasis añadido).

Finalmente, sostiene SANTAMARÍA (1991) que la elaboración del dogma de la personalidad jurídica única del Estado, ha generado ventajas fundamentales en el campo jurídico administrativo, entre las cuales enumera las siguientes:

> *"En primer lugar la técnica de la personalidad jurídica ha permitido la construcción del Derecho Público como un conjunto de auténticas relaciones jurídicas entre las organizaciones administrativas y los ciudadanos. Conceptos cruciales como los de la unidad de la Hacienda Pública, de los derechos subjetivos y libertades públicas, de la contratación, serían muy difícil de construir al margen de aquel concepto.*
>
> *En segundo lugar, la técnica de la personalidad entraña ventajas prácticas para los ciudadanos. De una parte, simplifica sus relaciones con las grandes Administraciones, que constituyen frente a ellos un único centro de imputación y de actuación... De otra, la garantía patrimonial del ciudadano se amplía espectacularmente: es todo el patrimonio de la persona jurídica el que responde del pago de las deudas contraídas frente a él, y no sólo el patrimonio de un sector de la organización o de un concreto funcionario.*
>
> *En tercer lugar la personalidad se ha manifestado como una técnica organizativa de primera importancia para la adecuada estructuración interna del conjunto de las Administraciones Públicas. Gracias a ella se ha podido construir el sistema de los entes públicos territoriales, cuya separación del Estado se ha montado precisamente sobre el dato de la personalidad jurídica independiente. Ha permitido, también, estructurar racionalmente el inmenso aparato de la Administración estatal, diversificando los centros de decisión y de responsabilidad mediante la técnica de las personificaciones instrumentales ..."*

8.6.12.3. **La personalidad jurídica del Estado venezolano.** Pese a que la personalidad jurídica del Estado es una conquista del constitucionalismo, como sostiene DROMÍ (1983), no siempre surge de una norma expresa de la Constitución, pero no cabe duda que el Estado venezolano es la personalidad jurídica mayor, pues sólo a partir de la admisión de su existencia como realidad jurídica, resulta posible, debido a su carácter originario y absoluto predicar la de los demás entes públicos, empezando por los territoriales. En Venezuela, efectivamente la Ley Suprema no contiene una previsión expresa que reconozca o confiera personalidad jurídica al Estado. No obstante, la ausencia de la mencionada disposición no significa, como es lógico, que el texto constitucional pretenda excluir el carácter de persona jurídica del Estado, ya que por el contrario de múltiples de sus artículos se deriva sin ningún esfuerzo interpretativo dicho carácter, algunas veces bajo la denominación de República, otras bajo la de Estado (las más numerosas) o de Nación (las menos numerosas).

Así por ejemplo, los artículos 1 y 4 disponen respectivamente. "La **República Bolivariana de Venezuela** es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral... Son derechos irrenunciables de **la Nación** la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional"**.** "La **República Bolivariana de Venezuela** es un **Estado** federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución..." (énfasis añadido). En ese mismo orden de ideas se maneja el concepto de República como equivalente al de Estado en los artículos 10, 11, 12, 14, 16 y 18 ejusdem. De otra parte, la personalidad jurídica del Estado venezolano se desprende aún más inequívocamente de los artículos 30 y 140 de la Constitución, que le imponen respectivamente la obligación de indemnizar a los ciudadanos víctimas o a sus derechohabientes, de las lesiones a los derechos humanos que les sean imputables al ente estatal, y a los administrados por los daños que les causen en sus bienes y derechos, en virtud del mal funcionamiento de la Administración Pública. En el mismo sentido, de sujeto que asume obligaciones específicas de carácter patrimonial frente

a los ciudadanos, aparece el Estado delineado en los artículos 82, 135, 152, 154 y 155, entre otros. Y como legitimado activo o pasivo en el artículo 266, numeral 4, que confiere al Tribunal Supremo de Justicia la competencia para dirimir las controversias administrativas en que una de las partes sea la República.

Cabe aclarar que a diferencia de los constituyentes de 1961, los de 1999, se abstuvieron de formular planteamiento alguno en la Exposición de Motivos en torno a la relación entre los términos Estado y República utilizados múltiples veces a lo largo de la Constitución de 1999, pero todo indica que al igual que en la de 1961, dichos términos deben considerarse equivalentes, y en ese sentido estimamos válida la aclaratoria que contenía la Exposición de Motivos del texto constitucional derogado, que expresaba : "Para evitar la confusión terminológica, la Comisión acordó usar el nombre de 'República' para designar la personificación del Estado Venezolano y la palabra 'Estado' de manera excepcional, cuando ello sea considerado necesario para determinar el concepto de la organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas". Pero hay que aclarar que la validez que invocamos de la cita transcrita se refiere a la parte conceptual, porque el término Estado, tanto en la Constitución derogada, como en la vigente, en realidad se utiliza más que el de República, lo que permite demostrar la equivalencia entre ambos términos, razón por la cual son usados indistintamente en la Ley Suprema.

Pero si pudiera suscitarse alguna duda respecto al punto bajo examen, el artículo 19, ordinal 1° del Código Civil, antes citado y transcrito, se encarga de disiparla, pues de manera categórica preceptúa que la **Nación** es una persona jurídica. Hay que señalar que tal dispositivo contiene el término Nación, pero el mismo no debe dar lugar a ninguna posición doctrinaria que pretenda negar la personalidad jurídica del Estado venezolano, pues, en primer lugar, es necesario advertir que anteriormente los legisladores –recuérdese que esa disposición es por lo menos de 1942– utilizaban dicho término por el de Estado. Esto es tan cierto que siem-

pre en las Constituciones anteriores, inclusive en la de 1947, su declaración preliminar comenzaba así: “La Nación Venezolana es...” y sus artículos 223 y 228 se referían al Fiscal General y al Procurador General de la **Nación**, y en segundo lugar, la Constitución de 1999, lo usa en el mismo artículo 1, cuando expresa que son derechos irrenunciables de la **Nación** la independencia, la libertad, la soberanía, etc., así como en los artículos 304, 322, 324, 325 y 326, entre otros. Inclusive denomina el Título VII **De la seguridad de la Nación**. Luego, resulta concluyente que el citado dispositivo normativo del Código Civil regula la personalidad jurídica del Estado venezolano.

8.6.12.4. **Diversas denominaciones utilizadas para referirse al Estado venezolano (Estado, República, Fisco y Nación).** Una vez realizadas las anteriores precisiones, es necesario además aclarar que en el sistema normativo venezolano se suelen utilizar diversas denominaciones para referirse al ESTADO, pues como quedó expresado precedentemente, los términos República y Estado tienen en el texto de la Constitución la misma connotación conceptual. Así mismo, terminamos de hacer notar, que una de las normas definitorias del elemento plurisubjetivo del Ordenamiento Jurídico venezolano (art. 19 del Código Civil) recurre al término “Nación” para referirse al Estado venezolano. Y ese es el mismo sentido que se infiere de los antes citados artículos de la Constitución de 1999, así como de los artículos 268 y 287 del Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia en 1987.

También el término “Fisco”, como se indicó precedentemente, suele utilizarse para referirse al Estado venezolano, pues ninguna otra interpretación puede dársele a esa expresión en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el Código Orgánico Tributario, ya que de lo contrario se incurriría en la “monstruosidad jurídica” a que alude Garrido Falla, de pretender atribuirle al Estado dos personas jurídicas: una de derecho público y otra de derecho privado.

En suma, resulta válido en el contexto del Ordenamiento Jurídico venezolano recurrir a las siguientes denominaciones para referirse al Estado: "Nación, República y Fisco", pero sería preferible en aras de la claridad y de la precisión conceptual, cuando de poner en evidencia la personalidad jurídica del Estado se trate, reducirlas a República y Estado.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORRONDONA, J. ***Derecho Civil. Personas***. Editorial Ex Ubris. Caracas, 1987.

ALESSI, RENATO. ***Principi di Diritto Amministrativo.*** Giuffré. Milano, 1974.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. ***Gaceta Constituyente*** (Diario de Debates. Tomo I y II). Caracas, 2000.

BACHELET, VITTORIO. ***Profili Giuridici della Organizzazione Arnministrativa***. Giuffré. Milano. 1965.

BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO. ***Instituciones Administrativas***. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1992.

BREWER, ALLAN. ***Fundamentos de la Administración Pública***. Tomo I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984.

CABALLERO ORTIZ, J. ***Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.

CABALLERO ORTIZ, J. ***Los Institutos Autónomos***. Fondo de Inversiones de Venezuela. Caracas, 1984.

CAIANIELLO, VINCENZO. "Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtá sociale". En el Libro ***Ente Pubblico ed Enti Pubblici***. Giappichelli. Torino, 1994.

CASSESE, SABINO. ***Diritto Ammninistrativo Generale.*** Giuffré. Milano, 2000.

CASSESE, SABINO. ***Las Bases del Derecho Administrativo***. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1994.

CASETTA, ELIO. ***Manuale di Diritto Ammnistrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

CERULLI, VINCENZO. ***Corso di Diritto Ammnistrativo***. Giapichelli. Torino, 1997.

DE LAUBADERE, ANDRE. ***Manual de Derecho Administrativo***. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

DROMI, JOSE. ***Instituciones de Derecho Administrativo***. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983.

ENTRENA CUESTA, R. ***Curso de Derecho Administrativo***. Editorial Tecnos. Madrid, 1990.

GALATERÍA LUIGI y MASSIMO STIPO. ***Manuale di Diritto Ammninistrativo***. UTET. Milano, 1993.

GALLI, ROCCO. ***Corso di Diritto Ammninistrativo***. Cedam. Padova, 1994

FRANCHINI, CLAUDIO. "L' Organizzazione". ***En el Trattato di Dirittto Ammnistrativo. Tomo Primo***. Giuffré. Milano, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ***. Curso de Derecho Administrativo I.*** Civitas. Madrid, 1998**.**

GARRIDO FALLA, F. Editorial Tecnos. Madrid, 1989.

GIANNINI, MASSIMO. ***El Poder Público, Estado y Administraciones Públicas***. Civitas. Madrid, 1991.

GIANNINI, MASSIMO. ***Derecho Administrativo***. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991.

GUARINO, GIUSEPPE. ***Lezioni di Diritto Pubblico***. Giuffré. Milano, 1989.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, FRANCISCO. ***Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico***. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1987.

LANDI, GUIDO. "Voce Fisco". En ***Enciciopedia del Diritto***. Giuffré. Milano, 1968.

LARES, ELOY. ***Manual de Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1996.

MARIENHOFF, MIGUEL. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970.

MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN. ***Derecho Administrativo Económico. Tomo I***. Editorial La Ley. Madrid, 1988.

MASSERA, G. ***Contributo allo studio delle figure juridiche soggetive nel Diritto Sostanziale.*** Giuffré. Milano, 1986.

MAZZAROLLI, L.; G. PERICU Y OTROS. ***Diritto Ammninistrativo***. Monduzzi Editore. Bologna, 1993.

MOLES, ANTONIO***. "La Personalidad Jurídica del Estado".*** En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Nº 81. Caracas, 1991.

NIGRO, MARIO***. "La Pubblica Amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale".*** In study in memoria di Vittorio Bachelet. Giuffré. Milano, 1987.

OTTAVIANO, VITTORIO***. "Voce Ente Pubblico"***. En Enciciopedia del Diritto. Giuffré. Milano, 1965.

PAREJO, L.; A. JIMÉNEZ y L. ORTEGA. ***Manual de Derecho Administrativo***. Editorial Ariel. Barcelona, 1992.

RIVERO, JEAN. ***Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

RONDÓN DE SANSÓ, H**. *Teoría General de la Actividad Administrativa***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1981.

ROSSI, GIAMPAOLO. ***Gli enti publici***. Giapichelli. Il Mulino. Bologna, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, J. ***Fundamentos de Derecho Administrativo.*** Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.

SAYAGUES, ENRIQUE. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Edición del Autor. Montevideo, 1963.

SOCA, F.G. "La Soggettivitá della Amministrazione" ***En el libro Diritto Amministrativo***. Monduzi. Bologna, 1993.

VEDEL, GEORGE. ***Derecho Administrativo***. Editorial Aguilar. Madrid, 1980.

VIRGA, PIETRO. ***Diritto Ammninistrativo. I principi***. Giuffré. Milano, 1995.

CAPÍTULO IX

LA ADMINISTRACIÓN EN SENTIDO ORGÁNICO LA TEORÍA DEL ÓRGANO. ELEMENTOS DEL ÓRGANO

9.1. **Premisa introductoria (La Administración en sentido orgánico).** Debemos reiterar que en el desarrollo de este Manual nos apegaremos estrictamente al Programa de la asignatura Administrativo I de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, cuyo Tema 10 recibe la denominación que le hemos dado al presente Capítulo, pero de una vez advertimos que su desarrollo estará referido casi exclusivamente a la denominada "Teoría del Organo", pues realmente a la Administración en sentido orgánico está dedicado el Tema 12 de dicho programa, que se corresponderá con el Capítulo XI del presente volumen, en el cual examinaremos los principales órganos que integran a la Administración Central Nacional. De todas maneras por ahora basta con una somera aproximación al referido tema, y en tal sentido cabe recordar que la Administración puede ser definida tanto en sentido material u objetivo, como en sentido subjetivo u orgánico, es decir, como sujeto de derecho, o mejor dicho, en términos operacionales, como conjunto de órganos.

En realidad la Administración Pública está integrada por una pluralidad de entes o sujetos de derecho, cada uno de los cuales a su vez se

desagrega en órganos que, como veremos más adelante, son los facultados por el ordenamiento jurídico para expresar la voluntad de los mencionados entes. Lo que quiere decir que la estructura organizativa de la Administración Pública se deriva de la sistematización de los entes y de los órganos que forman parte de éstos. En ese orden de razonamiento si se pretendiera hacer una especie de radiografía de esa estructura, se obtendría el siguiente resultado: un primer nivel constituido por los entes o personas jurídicas que integran a la Administración, verbigracia la República, los Institutos Autónomos, las Universidades, etc., y un segundo nivel constituido por los órganos en los cuales se descomponen esas personas jurídicas, por ejemplo, en el caso de la República, los Ministerios, el Consejo de Ministros, el Consejo de Estado, etc. y en el caso de los Institutos Autónomos, sus Juntas Directivas, la Presidencia o Gerencia, y en el de las Universidades, el Consejo Universitario, los Consejos de Facultad, los Consejos de Escuelas, etc. Por supuesto, que el ejemplo utilizado está referido a la Administración Pública Nacional, pero igualmente resulta válido, "*mutatis mutandi*", para las Administraciones Estadales y Municipales.

Ahora bien, ese conjunto de órganos en que se desagregan los entes que conforman la Administración, es lo que la doctrina ha denominado Administración Pública en sentido orgánico, que como expusimos en el primer volumen, es una de las dos acepciones que admite el concepto de Administración, cuando se erige en el objeto de estudio del Derecho Administrativo. Se trata de la Administración vista desde una perspectiva estática (complejo de entes y órganos), cuyo estudio, impone el examen de conceptos fundamentales de la teoría jurídica de la organización administrativa, pues el señalado estudio tiene que ir más allá de la realización de un trazado, a la luz de las disposiciones normativas pertinentes, de los órganos fundamentales que integran a la Administración Nacional, debido a que necesariamente deberá abarcar las denominadas fórmulas organizativas, dado que ellas constituyen, en términos metafóricos, el engranaje jurídico que permite formular la concepción de la administración en sentido orgánico, la cual sólo adquiere ese sentido cuando

entran en juego esos principios jurídicos organizativos. En efecto, sin la delegación orgánica, la delegación intersubjetiva, la desconcentración, la avocación, la jerarquía, la coordinación, la autonomía, etc. no resulta posible que se configure la sinergia que origina el aludido concepto de "Administración en sentido orgánico".

Pero tan importante o más importante que las fórmulas organizativas resulta el concepto de **órgano**, en virtud de que él constituye el eje sobre el cual se articula todo el marco teórico concerniente a las organizaciones públicas, inclusive esta última denominación resulta del vocablo con el cual se expresa la noción conceptual; de allí que sea casi un lugar común afirmar que la Administración Pública está integrada por unidades administrativas denominadas órganos, y más específicamente órganos administrativos. Pero esa también es la razón que obliga a un profesional del derecho a conocer el sustrato teórico de dicha afirmación, y más concretamente, a manejar los lineamientos fundamentales esgrimidos por la doctrina para la elaboración del concepto de órgano, el cual, dicho sea de paso, resulta de capital importancia para comprender el funcionamiento de las organizaciones públicas, e inclusive las privadas.

9.2. **El Planteamiento histórico.** En el Capítulo anterior explicamos que la tesis sobre el dogma de la personalidad jurídica del Estado era originaria de Alemania, y que ya para 1860 había encontrado consenso doctrinario en ese país. Pues bien, admitir que el Estado tenía personalidad jurídica, conducía consecuencialmente a aceptar sin ningún tipo de discusión que era titular de derechos y obligaciones, pero como persona jurídica al fin, era una entidad inmaterial, que naturalmente no podía realizar actuaciones, y por ende, tampoco actos jurídicos, razón por la cual tenía necesidad de valerse de personas físicas para actuar jurídicamente. Fue así que se formularon varias tesis para tratar de explicar la imputación de las actuaciones de esas personas físicas al Estado, entre las cuales destacan:

a) **La Tesis del Mandato**. Mediante esta tesis se pretendía explicar la aludida situación atendiendo a la noción conceptual del contrato de mandato, por cuanto –explicaban sus partidarios– las personas actuarían como mandatarios del Estado y demás personas jurídicas, quienes serían los mandantes. Esta postura doctrinaria fue severamente cuestionada, porque incurría en el error de no poder explicar cómo puede la persona jurídica otorgar un contrato de mandato, si carece del mecanismo para expresar su voluntad. Por tal razón MICHOUD citado por MARIENHOFF (1964) sostiene: "dicho mandato es difícilmente admisible, porque para dar un mandato se requiere desde ese momento una voluntad, la cual aún no existe en la persona jurídica".

b) **La Tesis de la Representación.** Mediante esta teoría se pretende explicar que las personas físicas que expresan la voluntad que se le imputa a las personas jurídicas, son sus representantes. Por tanto, operaría como una especie de representación, similar a la de los incapaces, por ejemplo, la que se configura entre el padre y la madre y los hijos menores de edad, o entre el tutor y el entredicho. Señala el mismo autor antes citado que "... esta teoría tiene la falla lógica de ser inaplicable al Estado, al que habría que reconocerle 'ab-initio' la existencia de una voluntad para poder nombrarse o darse ese representante".

De lo expuesto se colige que ambas tesis recibieron severas críticas, pero de todas maneras la que tuvo mayor aceptación, tal vez porque era la que predominaba hasta entonces en relación a las personas jurídicas de derecho privado, fue la de la representación, siendo de destacar que tal vez por el peso de esa tendencia, la crítica concerniente a la inexistencia de la voluntad estatal para darse el representante, fue la que tuvo menos relevancia en la búsqueda de una explicación doctrinaria que permitiese superar esas dificultades. En efecto, las críticas más contundentes que condujeron a rechazar la tesis de la representación giraron en torno: a) a la complejidad de la estructura organizativa del Estado, lo que imponía la existencia de un gran número de representantes, muchas veces con posiciones contradictorias, y lo que resultaba más grave con

poderes de representación bastante diferentes entre ellos, b) a las limitaciones propias de la figura de la representación tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. En el primer caso porque no se extiende a todos los hechos y actos jurídicos, sino a aquellos establecidos voluntariamente, y cualitativo porque la imputación queda restringida sólo a los **efectos** derivados de las actuaciones del representante, razón por la cual no se extiende a las actuaciones en cuanto tales, de tal suerte que el acto cumplido por el representante es, desde el punto de vista jurídico, un acto de éste, y no del representado.

Precisamente atendiendo a estas limitaciones GIANNINI (1991) sostiene que las mismas tuvieron un peso considerable en el abandono de la tesis de la representación, en virtud de que en su aplicación "...se constataba que, atribuyendo a la persona física titular del oficio de la persona jurídica la calidad de representante, el que entraba en relación jurídica con la persona jurídica podía encontrarse en situación de menor tutela de su propia situación subjetiva: del error, de la negligencia grave, del 'exceso de mandato' podía derivarse que el ente no respondiera y, entonces, el particular quedaba sin resarcimiento...". Quedaba de esa manera sensiblemente disminuida la responsabilidad de la Administración Pública frente a los administrados, en razón de que dicha Administración podía liberarse de la misma, imputándosela a la actuación del representante, invocando vicios de la voluntad de éste (ignorancia, mala fe, negligencia).

c) **Teoría del Órgano**. Ante estas críticas surge en Alemania con ocasión del estudio por parte de la doctrina del Estado, conceptuado como persona jurídica, en el año 1883, en el marco de la concepción organicista, formulada por el jurista de ese país OTTO VON GIERKE, y perfeccionada por HUGO PREUS, también alemán, la denominada **Teoría del Órgano**. En efecto, estudiando la figura del Estado como persona jurídica los mencionados autores postulaban que éste no debía considerarse una entidad ficticia, sino real con vida y con su propia voluntad, y en definitiva establecían una equivalencia entre los seres vivos y el Estado y demás organizaciones públicas. De ese modo resul-

taba explicable que el Estado, equivalente a un ser vivo, al igual que el hombre usa sus órganos (brazos, piernas, etc.) actuase a través de órganos que formaban parte del mismo. Reseña SANTAMARÍA (1984) que GIERKE gráficamente esbozó dicha teoría así:

> *"cada uno de los órganos de la colectividad –Genossenschaft– es poseída por ésta como un fragmento de sí misma". Y agrega el autor español que el funcionario, pues, no es un representante que quiere* ***para*** *la Administración; quiere* ***por ella****, en cuanto que* ***forma parte*** *de ella,* ***es una y la misma persona****, a la que presta su voluntad psicológica. Entre el órgano (el funcionario) y la persona jurídica (Estado) se da una relación de práctica identidad (expresivamente la doctrina italiana hablará más tarde de* ***rapporto de immedesimazione)****, que hace que sea el funcionario quien quiera por y en lugar del Estado".*

La tesis de Gierke tuvo la virtud en el marco de la concepción organicista –se insiste– de superar las críticas que conducían al rechazo de la postura de la representación, pues desaparecía la relación entre representante y representado, y únicamente aparecía la persona jurídica del Estado, actuando por el mismo a través de la persona física (órgano) que formaba parte de él, motivo por el cual tuvo un gran suceso doctrinario y jurisprudencial, siendo acogida en la mayoría de los países de Europa, y hoy en día, con las adiciones originadas en los posteriores debates, puede considerarse que tiene un carácter casi universal en el campo del Derecho Público, e inclusive del Derecho Privado, extendiéndose a otras disciplinas como la Sociología, la Economía y la Politología, las cuales la han asumido tal como aparece elaborada en el ámbito de la Ciencia Jurídica.

De conformidad con los lineamientos fundamentales de esta teoría, el funcionario no es un representante del Estado, pues al ser reputado como órgano forma parte inescindible de él, y puede decirse que nace con él; por tanto, a diferencia de las teorías anteriores, no se requiere la

existencia de dos personas jurídicas: mandante y mandatario, representante y representado, y mucho menos un acto volitivo del Estado para constituir el representante o al mandatario. En suma, la problemática de la imputación de la voluntad de las personas físicas que actúan por el Estado, pareciera quedar solucionada cuando se acude a la teoría del organo, puesto que ella permite explicar, sin objeciones, cómo la voluntad y la acción provenientes de una persona física, son concebidas como acción y voluntad del Estado mismo.

Es necesario advertir que muy pronto la concepción "organicista" en que aparece inserta la Teoría del Organo es superada y soslayada totalmente por la doctrina, mas no así esta última, por la razón antes expuesta, pese a que continuaron suscitándose debates sobre la misma, en los que intervinieron los juristas más prestigiosos de la época. Así, sostiene SANTAMARÍA (1991) que uno de los aportes fundamentales provino de otro de los grandes juristas europeos Hans Kelsen, quien en el contexto de su tesis normativista o gradualista, aceptó la Teoría del Organo, pero despojada del manto de la referida concepción organicista, e introdujo el concepto de **imputación**, y en tal sentido el mencionado autor español resume el aporte de Kelsen así:

> *"La atribución al Estado de las consecuencias jurídicas de los actos que realizan las personas que son órganos suyos no tiene lugar en virtud de ningún mecanismo misterioso de integración o incorporación, sino mediante la imputación: 'no se trata de que el hecho interno de la voluntad de un hombre se traslade al Estado, sino de que una determinada acción humana es "imputada" a éste y se la considera realizada por él. Puesto que a los hombres se les imputan las acciones porque se las considera "propias" de éstos, porque las ha querido, también las acciones imputadas al Estado se las considera "propias" de éste y se dice que han sido "queridas" por él'; sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con la persona humana "una acción no es imputada al Estado porque éste la "qui-*

so" , sino a la inversa el Estado "quiere" una acción porque y en tanto le es imputada. El Estado es por tanto un puro centro de imputación (Zurechnungspunkt) al que se le atribuyen las consecuencias del obrar jurídico de sus órganos".

9.3. **Órgano individuo y órgano institución.** En la tesis originaria de GIERKE toda la construcción teórica conduce a identificar el **órgano** con la persona física que realizaba las actuaciones estatales. Así se impuso en forma indiscutida durante cierto tiempo, dando lugar a la tesis del órgano individuo o persona física, pero cuando interviene en el debate otro gran jurista alemán G. JELLINEK, postula que debía considerarse órgano no a la persona física, sino más bien a la institución, esto es, el complejo de atribuciones y funciones unificadas en una figura abstracta, verbigracia, en la época actual, la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional, los Ministerios, pasando a ser la persona física únicamente la titular del órgano, mas no el órgano mismo, como lo postulaba GIERKE, lo que da lugar a la tesis del "órgano institución". Sin dudas que esta postura juega a favor de la estabilidad y permanencia del órgano, ya que por ejemplo, la falta del titular (vacancia) por cualquier causa (muerte, renuncia, destitución, fin del término del mandato, etc.), no afecta dicha estabilidad, dado que la persona física, es el titular del órgano, mas no el órgano mismo, razón por la cual no desaparece aun cuando falte su titular. Esta divergencia doctrinaria, que se continuó profundizando por parte de otros autores en el campo del Derecho Público, es lo que explica que algunos tratadistas hablen de "órgano-individuo" y de "órgano-institución".

9.4. **Hacia una concepción moderna de órgano.** Actualmente una significativa parte de la doctrina (GIANNINI, ENTRENA CUESTA, SAYAGUES LASO, RANELLETI, entre otros), estima que debe llegarse a una noción ecléctica de órgano, la cual debe englobar las tesis del órgano-individuo y del órgano-institución. Esto es, una unidad administrativa (oficio en términos de la doctrina italiana) integrada por las competencias que le han sido asignadas, su titular y los medios materia-

les para la ejecución de dichas competencias, especialmente facultada por una norma del Ordenamiento Jurídico para expresar la voluntad de la persona jurídica, lo que no hace más que revelar el mecanismo de la imputación de los comportamientos del titular del órgano a la persona jurídica. Esta postura explica que funcionalmente no es posible predicar la existencia del órgano sin el haz de competencias o funciones, pero que tampoco es posible predicarla, únicamente con el círculo de competencias, pero sin titular. El ensayo de esta definición, muy descriptiva, por lo demás, permite hacer las siguientes precisiones:

Primera: La persona jurídica puede tener muchas unidades administrativas, o "unidades funcionales abstractas" como las denomina SANTAMARÍA (1991), pero no todas ellas están facultadas por el Ordenamiento Jurídico para imputarle las acciones y manifestaciones de voluntad que realicen sus titulares a la persona jurídica, lo que quiere decir, que no toda unidad administrativa –que usualmente se denomina órgano– se corresponde con la noción jurídica de órgano que terminamos de exponer. Así por ejemplo, el Consejo Universitario es un órgano de la Universidad, porque está facultado para expresar la voluntad de la persona jurídica, mas una unidad administrativa tan importante, como la Oficina de Inscripciones, no reviste tal connotación jurídica, por cuanto no puede manifestar hacia el exterior la voluntad jurídica del ente. Igual ocurre con el Consejo de una Facultad y la Oficina de Control de Estudios de la misma. Es necesario precisar en términos más técnicos que cuando nos referimos a la expresión de la voluntad de la persona jurídica, ello significa, en primer lugar, que se instaura una relación intersubjetiva (en el caso de la Administración Pública, denominada jurídico administrativa), en la mayoría de los casos; y en segundo lugar, que los actos, así como los efectos de los mismos, del titular o de los titulares del órgano, se imputan necesariamente a la persona jurídica del cual forman parte.

Segunda: Atendiendo a lo expuesto en el punto anterior es necesario advertir que se pueden suscitar problemas para diferenciar las unida-

des administrativas que tienen el carácter de órganos de las que no lo tienen, ya que algunas de éstas por su apariencia, el número de personas que le sirven y los medios materiales con que cuentan, pueden llegar a generar confusión en esa diferenciación o identificación. Para tratar de superar esta problemática sólo queda acudir al Derecho positivo, y determinar si existe alguna norma –en principio de rango legal– que le atribuya la categoría de órgano a la unidad administrativa. De no ser así deberá descartarse su aptitud para expresar la voluntad hacia el exterior de la persona jurídica de la cual forma parte, y por ende, de que opere el mecanismo de imputación de los comportamientos de cualquiera de las personas que forman parte de esas unidades administrativas. Mas aún, la doctrina italiana en este orden de razonamiento sostiene que la definición de los órganos solamente puede operar mediante normas contenidas en instrumentos de rango legal, debido a que la imputación está relacionada con la subjetividad jurídica, y esta es una materia que en la mayoría de los ordenamientos forma parte de la reserva legal.

Tercera: El órgano goza de estabilidad, razón por la cual no puede admitirse su identificación con el individuo (órgano-individuo), pues el órgano no se extingue debido a la ausencia absoluta, temporal o accidental de su titular, inclusive puede llegar a tener un titular anómalo ("funcionario de hecho"), y sin embargo, sigue funcionando. Por esa razón debe convenirse con DROMI (1983) que tal situación actualiza el principio: *imperator in persona mori potes, officium imperatoris est inmortali.*

Cuarta: En las relaciones intersubjetivas el órgano imputa al ente o a la personalidad jurídica de la cual forma parte, tanto sus actuaciones como los efectos de las mismas, debido a la identificación entre órgano y persona jurídica, "immedesimazione orgánica", la denomina la doctrina italiana. Precisamente en atención a esa identificación es que se sustituye el esquema de la representación, que conducía a una imputación parcial (sólo de los efectos de las actuaciones del representante), por la teoría del órgano que conduce a una imputación como expresamos al principio de este párrafo total o global (tanto de las actuaciones como de los efectos).

9.5. **Elementos del Órgano.**

9.5.1. **Elemento objetivo.** Si se atiende a la definición que expusimos en el punto anterior, no cabe duda que los elementos del órgano, como por lo demás lo enseña la doctrina, son dos: uno de carácter **objetivo** y otro de carácter **subjetivo.** El primero alude a las competencias que le son asignadas. Conviene explicar que en términos generales, conforme a la potestad organizativa, presente en los Ordenamientos Jurídicos, a toda persona jurídica de Derecho Público le son asignadas sus competencias y atribuciones específicas, en forma genérica. En el proceso de estructuración organizativa, esto es, cuando la persona jurídica se desagrega en órganos y demás unidades administrativas, a los primeros, por instrumentos de rango legal o sublegal, según lo que establezca cada Ordenamiento Jurídico con relación a la potestad organizativa, se les atribuyen sus respectivas competencias, que no son otras que las asignadas en forma genérica al ente del cual forman parte, pero desagregadas y especificadas órgano por órgano. Precisamente a ese haz de atribuciones, al que algunos autores agregan los elementos materiales puestos a disposición del titular del órgano, es a lo que suele denominarse elemento objetivo (estable), superándose de esa manera la tesis anterior que lo identificaba con el órgano, denominándolo "órgano-institución". Cabe agregar finalmente que la doctrina española distingue entre el aspecto material y formal de las competencias atribuidas al órgano, identificando el primero como "el bloque de intereses públicos unificados de forma sectorial o vertical (por ejemplo, la agricultura, la industria, los transportes), a cuyo servicio está el órgano y cuya actividad debe desenvolverse en su marco y siempre en orden a su más perfecta consecución". E identificando al segundo (elemento formal) con el conjunto de situaciones jurídicas subjetivas (potestades, derechos, deberes), que le son conferidas como instrumento para la tutela del aludido bloque de intereses.

9.5.2. **Elemento subjetivo.** Este elemento que en criterio de GIERKE se correspondía con la noción de órgano, modernamente, como que-

dó demostrado, alude fundamentalmente al titular del órgano. Por esa razón constituye el elemento contingente y variable del órgano, pues al ser una persona física es susceptible de ser cambiada por razones naturales y jurídicas. Demás está decir que puede ser a) una sola persona (órgano monocrático o individual), que al parecer es la figura más frecuente en casi todos los ordenamientos, verbigracia, Presidente, Rector Director, etc; b) una pluralidad de personas físicas, las cuales concurren en igualdad de condiciones a formar su voluntad (órgano colegiado); y c) hipotéticamente puede ser un órgano de otro ente, que era lo que ocurría con los Gobernadores de Estado durante la vigencia de la Constitución de 1961, en cuyo artículo 21 se consagraba que el Gobernador era órgano del Estado, pero a la vez era órgano de la República en su carácter de agente del Ejecutivo Nacional. En algunos ordenamientos se admite que inclusive pueda ser una persona jurídica.

El método para adquirir la titularidad varía según el respectivo ordenamiento (elección, designación, nombramiento, cooptación), pero siempre se trata de un procedimiento formalizado que recibe la denominación de "investidura", el cual comprende el acto formal antes mencionado de adquisición de la titularidad, y el acto efectivo de toma de posesión. O sea, que la investidura comprende dos fases: a) el acto formal de designación, que puede ser de naturaleza electivo o no; b) y el inicio efectivo de las funciones atribuidas al órgano, lo que se conoce, como expresamos antes, como "toma de posesión", que en Venezuela queda evidenciado, de conformidad con una Resolución de la Contraloría General de la República, con el levantamiento del "Acta de Entrega" en el caso de los órganos administrativos. La adquisición de la investidura origina un vínculo que los autores suelen desdoblar en dos clases de relaciones: la relación de servicio y la relación orgánica, las cuales serán analizadas más adelante.

Cabe finalmente advertir que el titular o los titulares del órgano pueden valerse de un conjunto de personas que los auxilian en el ejercicio de las funciones atribuidas al órgano, o que realizan actividades ins-

trumentales, sin que por esa razón puedan considerarse también como titulares, inclusive nada obsta para que dichas funciones auxiliares correspondan a titulares de otros órganos subordinados, verbigracia los Directores Generales cuando asisten al Ministro o al Viceministro en el ejercicio de sus atribuciones. Sin dudas que, a la luz de todo el marco conceptual expuesto, este personal auxiliar no está facultado para expresar la voluntad del ente, y por ende no pueden imputarle sus actuaciones, aunque sí pueden imputarle la responsabilidad por actos que causen daños a los administrados, como lo explicaremos más adelante.

9.6. **El mecanismo de la Imputación.**

9.6.1. **Noción conceptual.** Como se expresó precedentemente, Kelsen aporta a la Teoría del Organo el concepto de **imputación**, figura que permite explicar cómo opera la traslación de los actos, así como sus efectos, realizados por el órgano al Estado, o en definitiva, a la persona jurídica. Es preciso subrayar que la imputación en términos generales reviste el carácter de total o global, pero también puede tener carácter parcial. En el primer caso se cumple la regla que postula que tanto los actos de una persona natural, como los efectos de los mismos, se imputan a esa persona. Así, si una persona realiza una operación de compra venta de un inmueble, tanto ese acto con todas las vicisitudes jurídicas que pueden eventualmente derivarse de la expresión de la voluntad del comprador (error, dolo, negligencia, etc.), así como los efectos de la misma, se atribuyen al comprador, es decir, que por ninguna razón se traslada ese acto y sus efectos (imputación total) a una persona distinta al comprador, o sea, a quien celebra la negociación.

Ha de subrayarse que esa es la regla (imputación total) que rige tácita o expresamente en casi todos los ordenamientos jurídicos. La imputación parcial opera cuando ante la actuación de una persona, se trasladan a otra persona los efectos de esa actuación, mas no la actuación misma. Sería el caso de un padre que ejerce la patria potestad sobre sus hijos, y actuando como su representante, compra un inmueble, caso en el

cual el acto de compra venta se atribuye al padre, pero en cambio los efectos de la operación se atribuyen a los hijos. Como es dable imaginarse la imputación total es la propia de la relación orgánica, y la parcial, propia de la representación, o de cualquier otra figura excepcional que eventualmente pudiere llegar a ser creada por el Derecho positivo.

Siguiendo esta línea de razonamiento resulta fácil colegir que la imputación, pese a que constituye la parte medular de la Teoría del Órgano, no es un concepto privativo del Derecho Público, o mejor, de las personas jurídicas públicas, pues ha quedado demostrado que por disposición normativa los actos y los efectos de los mismos realizados por una persona natural, lógicamente siempre que sea jurídicamente capaz, se imputan a dicha persona. Pero puede ocurrir, como también se evidenció antes, que se produzca una desviación de los efectos de los actos de una persona, en el sentido de que sean imputados a otra persona, porque también así lo establece una disposición normativa; de allí que SANTAMARÍA (1991) sostenga "que en realidad la imputación equivale a **designación normativa** de la persona o la figura a quien deben atribuirse determinados actos o efectos jurídicos. Ante un acto o unos efectos jurídicos determinados, el ordenamiento indica imperativamente a qué esfera jurídica concreta deben atribuirse".

En suma, la imputación funciona como el mecanismo fundamental de la denominada "relación orgánica", en virtud de que posibilita la ruptura de la regla general sobre la imputación total, propia de las personas naturales, expuesta anteriormente, dando lugar a la desviación de dicha imputación, lo que ocurre cuando un sujeto "A" (persona física) actúa y tanto dicha actuación como los efectos de la misma, recaen sobre un sujeto "B" (persona jurídica), pero con la especial particularidad, de que en la relación orgánica el sujeto que descriptivamente hemos identificado como "A" carece de personificación, debido a que forma parte del sujeto identificado como "B" (immedesimazione orgánica, en términos de la doctrina italiana), o sea, la persona jurídica pública.

Al producirse la imputación total es decir, cuando se trasladan tanto los actos de la persona física (titular del órgano) como sus efectos, a la persona jurídica pública, significa que el acto imputado, como sostiene GIANNINI (1991) incorpora no sólo su contenido objetivo sino todas las posibles vicisitudes sicológicas del proceso de formación de la voluntad del agente o agentes que lo realizaron (p. ej. dolo, error, causa ilícita, coacción, negligencia, etc.) vicios estos, en virtud de que la imputación es total, que deben considerarse como de la propia persona jurídica. Cabe destacar que en ese desarrollo doctrinario encuentra su fundamentación el vicio de los actos administrativos denominado desviación de poder. Además permite postular que no sólo se imputa al ente público el proveimiento definitivo, sino también todos los actos preparatorios propios del procedimiento constitutivo, aun cuando hayan sido realizados por órganos o unidades administrativas distintos al que emana el referido proveimiento final.

9.6.2. **Límites de la imputación.** Como el concepto de imputación total o global abarca tanto el acto como sus efectos, y tanto el proveimiento definitivo como los actos preparatorios o de trámite, además de que las vicisitudes psicológicas que pueden acompañar la manifestación de la voluntad por parte del titular del órgano también quedan comprendidas en dicho concepto, resulta lógico postular entonces que la imputación en la relación orgánica pareciera carecer de límites, mas la doctrina ha realizado precisiones que niegan ese carácter ilimitado. Ello, desde el punto de vista metodológico ha sido posible partiendo de la premisa de que el órgano es la unidad administrativa funcional facultada por el Ordenamiento Jurídico para expresar la voluntad de la persona jurídica (expresar la voluntad "ad extra", en términos de la doctrina española). De modo, pues que sólo es posible predicar válidamente esa imputación total de los verdaderos órganos, o mejor de los titulares de las unidades administrativas funcionales que revistan esa característica. Pero aun cuando el acto provenga del titular de un verdadero órgano en los términos antes expresados, la doctrina ha identificado concretas, específicas y excepcionales hipótesis, en las cuales ni los actos ni sus efectos

resultan imputables, a la Administración o al ente público, erigiéndolas en límites a la imputación orgánica.

Pero antes de comenzar a examinar esos límites es necesario referirse a la circunstancia derivada de las actuaciones del personal auxiliar que suele acompañar a los titulares de los órganos, pues de conformidad con el principio antes expuesto si cualquiera de esas personas realiza un acto en el ejercicio de sus funciones debería admitirse a la luz del mencionado principio, que en virtud de que ella carece de la facultad legal para expresar la voluntad del ente público, no operaría ningún tipo de imputación (ni acto, ni efectos) hacia éste. Sin embargo, esta conclusión válida, desde el punto de vista formal, ha encontrado un rechazo casi total en la doctrina. En efecto, los autores hacen primar la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sobre ese elemento formal, en virtud del reconocimiento del principio recogido en muchas Constituciones atinente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daño causado a los administrados, que sea imputable al funcionamiento de las mismas (art. 140 de la Constitución de 1999), razón por la cual afirman que en esos casos en que funcionarios públicos, no titulares de órganos, despliegan conductas o realizan actividades no formalizadas, ni constitutivas de la expresión de la voluntad de la persona jurídica, si bien no se imputan esos actos al ente público, sí se le imputa la obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados en las referidas actividades. Indudablemente que si los daños son causados por actos formales emanados de los titulares de los órganos se configura la imputación total o global, y entonces con mayor razón procede la indemnización.

Ahora bien, en lo concerniente a los actos formales emanados del titular del órgano, o sea, el facultado para expresar la voluntad de la persona jurídica en una relación intersubjetiva, que no deben imputarse a la persona jurídica, la doctrina ha identificado las situaciones que impiden el funcionamiento del mecanismo de imputación, erigiéndolas en límites a la misma, a saber:

a) Cuando la actividad desarrollada por el agente o funcionario público es realizada a título personal. Constituye un principio que la imputación sólo opera cuando la actividad del titular del órgano es cumplida en ejercicio de funciones propias del ente público; de allí que su actividad personal constituya el indicado límite a la imputación orgánica. En tal sentido sostiene DROMI (1983): "Si la voluntad psicológica del titular armoniza con la voluntad orgánica de carácter técnico es voluntad estatal; si por el contrario está en contradicción, no actúa como órgano del Estado sino como particular". Así, por ejemplo, no podrá imputarse a la Administración la participación del funcionario en una riña, o una declaración de prensa en la cual acuse a otro funcionario de haber incurrido en delitos, o su autoría en un libro o folleto en el cual exponga sus ideas sobre determinados problemas nacionales o locales. El planteamiento acerca de la dilucidación de cuándo un agente público actúa como titular del órgano, o a título personal, a los fines de identificar el límite de la imputación, aparentemente sencillo, en realidad resulta bastante complejo, porque comporta establecer una línea divisoria entre la conducta personal del funcionario y la conducta en ejercicio de funciones públicas, la cual muchas veces, en la medida en que dicho funcionario es titular de un alto cargo del Estado, verbigracia, Ministro, Rector, Contralor General de la República, resulta cada vez más difícil de trazar.

Al respecto SANTAMARÍA (1991) trae un ejemplo hipotético, pero muy didáctico: expone en vía ejemplificativa –se insiste– que si el Presidente del Banco Central de España, en una reunión de Banqueros, en la cual estén representantes de la prensa, afirma que determinado Banco se encuentra en tal situación de insolvencia que debe ser auxiliado por el Fondo de Depósitos y Garantías. La noticia trasciende a la prensa, produciéndose una corrida de los ahorristas, pero finalmente se comprueba que la entidad bancaria se encuentra en inmejorables condiciones de solvencia y liquidez y que todo se debió a un error en que incurrió el Presidente del Banco. El aludido autor se pregunta si en casos como ése, tal conducta debe considerarse como una actuación personal, o bien debe

imputarse al Banco Central de España. No proporciona una respuesta, porque el ejemplo lo utiliza para demostrar que en la configuración de este límite deben ser examinadas cuidadosamente las circunstancias caso por caso, para poder emanar un pronunciamiento sobre la imputación del acto del funcionario a la persona jurídica.

b) Cuando el acto no reviste una mínima apariencia formal de corrección. Para que funcione el mecanismo de la imputación el acto del funcionario público debe estar revestido de un mínimo de apariencia formal, de tal manera que revele sin mayores análisis que constituye una expresión de alguna de las funciones públicas propias del titular del órgano que lo dicta, o al menos razonablemente conexa con ellas, de tal suerte que la inexistencia de esa apariencia formal de corrección se erige en un límite a la imputación. Inscrito en el marco de esa concepción el mismo autor español sostiene que "No hay imputación, pues, de los actos afectados de una incompetencia grosera, apreciable por cualquier mediano jurista (p. ej. el cese de un Ministro decretado por otro)". Consideramos que esta tesis que establece la referida condición (apariencia formal de detentar la competencia) para que opere la imputación a la persona jurídica pública, requiere ser analizada con cuidado, en virtud de que tal como aparece expuesta, puede convertirse en un elemento que desnaturalice o reduzca sensiblemente la responsabilidad de la Administración frente a los administrados.

En ese orden de razonamiento nos atreveríamos a sostener que en nuestro Ordenamiento no puede ser considerada como tal límite, porque si bien el artículo 19, numeral 4, de la LOPA, erige en causal de nulidad absoluta a la incompetencia manifiesta, ello en ningún caso significa que el acto que adolezca de ese vicio deba ser imputado a la persona física titular del órgano que lo dictó, y no a la Administración, pues de esa manera se estarían confundiendo los elementos de validez de los actos de la Administración, con la imputación, pues conforme a la tesis sostenida por la doctrina italiana "en virtud de la noción del ejercicio de la función y no de la competencia que condiciona la validez del acto, pues puede

haber actos estatales cumplidos con incompetencia o emitidos fuera de la competencia, lo que provocará su nulidad o anulabilidad, según los casos, pero no priva los actos estatales de su condición propia". En otros términos: la incompetencia por la materia del titular del órgano legalmente investido, no puede convertirse en un factor que torne nugatorio el mecanismo de la imputación orgánica, máxime si se tiene en cuenta que dicho mecanismo está estrechamente vinculado a la responsabilidad de la Administración, la que puede verse sensiblemente disminuida –insistimos–, si se acepta que la incompetencia manifiesta, grosera u ostensible del funcionario constituye un límite infranqueable a la imputación del acto emanado de dicho funcionario, a la Administración.

Sería el caso de que la remoción o destitución de un funcionario de carrera emanase de un Jefe de División de un Ministerio, cuando conforme al artículo 6 de la Ley de Carrera Administrativa de 1970, esa es una atribución exclusiva y excluyente del Ministro, lo que evidentemente reflejaría un acto afectado de incompetencia manifiesta, es decir, nulo absolutamente, pero en todo caso imputable a la Administración (el Ministerio), razón por la cual, si resulta impugnado ante el órgano jurisdiccional, cuando éste decida deberá decretar su nulidad, ordenar la reincorporación del funcionario al cargo, así como que se le paguen los sueldos dejados de percibir, todo ello sobre la base de que, pese a que el acto estaba afectado del vicio de incompetencia manifiesta (nulidad absoluta), de todas maneras resultaba totalmente imputable a la Administración. Demás está decir que ésta es la tesis imperante en nuestro Ordenamiento. Pero de admitirse la tesis bajo examen no operaría la imputación, en razón de que la incompetencia manifiesta del funcionario que emanó el acto sancionatorio, impediría que se trasladase el acto y los efectos del mismo a la Administración Pública.

c) **Los defectos de la investidura del titular del órgano**. La actuación del funcionario público sólo podrá imputársele a la Administración, si aquél se encuentra investido como titular del órgano. Ahora bien, se suelen presentar diversas situaciones que evidencian vicios o defectos

en relación a la investidura del agente público que pueden llegar a erigirse, según la regulación de cada ordenamiento jurídico, **en límites a la imputación**. No obstante, cada una de esas situaciones, de no estar expresamente reguladas normativamente, como ocurre muchas veces, suscita problemas interpretativos cuando se pretende determinar si deben o no imputarse los actos dictados bajo el supuesto de esas hipótesis, a la Administración. Esas hipótesis excepcionales son: 1) **el nombramiento irregular, posteriormente anulado**, la cual se configura cuando el titular del órgano es designado o electo, y comienza a ejercer sus funciones, pero posteriormente se determina que carece de uno de los supuestos de hecho contemplado como uno de los requisitos *sine qua non* para el nombramiento o la elección, verbigracia cuando se designa Ministro de la Defensa a un venezolano por naturalización, y al percatarse de la irregularidad, dicha designación es anulada; 2) **la ilegalidad temporal**, la cual ocurre en caso de anticipación o prolongación en el ejercicio de funciones públicas por parte del titular del órgano, o sea, que comienza ejercer funciones antes de tomar posesión del cargo, o continúa ejerciendo funciones, pese al fenecimiento de su lapso de mandato legal; por ejemplo, cuando una persona es designada para el cargo de Presidente de un Instituto Autónomo, pero sin llegar a tomar posesión del cargo, comienza a ejercer funciones, o bien, cuando continúe ocupando el cargo después del vencimiento del término de mandato.

3) **Ausencia total de investidura o teoría del funcionario hecho.** Es preciso advertir que en términos de la doctrina europea la tesis del funcionario de hecho, supone un defecto originario o sobrevenido en la investidura del titular del órgano, motivo por el cual ostentará esta calificación el funcionario que comienza a ejercer sus funciones sin tomar posesión del cargo, el que continúa ejerciendo sus funciones después de haber cesado su mandato legal o estatutario, y aquel que carece en absoluto de investidura, mejor dicho, cuya investidura resulta totalmente inexistente. O sea, aquel del cual no resulta posible predicar en forma directa o indirecta la existencia de la relación de servicio. Sin embargo, una parte de la doctrina, con la cual coincidimos, sostiene

que debe reservarse la denominación de "funcionario de hecho", para la situación descrita de último, es decir, cuando el funcionario asume funciones públicas, sin ningún tipo de nombramiento ni acto oficial, bien con la intención de servirse del cargo para fines personales, o en circunstancias excepcionales, con la finalidad de satisfacer necesidades urgentes e imprevistas relacionadas con el interés público, en casos de vacíos de poder, por ejemplo, una persona que asuma el cargo de Jefe Civil y comience a realizar actos relacionados con el mismo (presenciar matrimonios, registrar nacimientos).

En estricto rigor conceptual resulta sumamente difícil imaginarse en los tiempos actuales de globalización, del dominio de los medios de comunicación social y de internet, un funcionario de hecho en los términos expuestos, pues resulta muy importante subrayar que no caben en dicha hipótesis los funcionarios que surgen como consecuencia de ruptura del orden constitucional, trátese de golpes de Estado, revoluciones, etc., ya que en ese caso el funcionario comienza a ejercer el cargo como producto de una legislación emergente elaborada generalmente por vía de decreto para enfrentar la situación surgida de esa ruptura. Dicho en otros términos: la investidura existe aun cuando, desde el punto de vista político, filosófico o inclusive jurídico se pueda cuestionar su origen. Tampoco es posible encuadrar en la tesis bajo examen el usurpador de funciones por razones de fraude, porque ello constituye una ostensible violación al ordenamiento jurídico, al punto que en Venezuela las Constituciones se han cuidado de estatuir que "toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos". En realidad, como enseña la doctrina, el usurpador es aquel que desconoce al titular del órgano legítimamente investido como tal, es decir, al "funcionario de iure". Y obviamente tampoco encuadra en esta figura el funcionario incompetente, pues detenta una investidura legal y regular, pero extralimita o invade la esfera de competencia de otros órganos.

9.6.3. **La solución a los problemas interpretativos derivados de los defectos de investidura.** Todas las situaciones expuestas en el acá-

pite anterior sobre los defectos en la investidura del titular del órgano, originan sendos problemas interpretativos cuando se pretende determinar si los actos que emanan deben o no ser imputados al ente público, o para seguir el curso de la exposición, si pueden erigirse en **límites a la imputación orgánica**. Dichos problemas encuentran soluciones en el Derecho positivo, en la doctrina o en la jurisprudencia, pero todas ellas se debaten entre la exigencia de la necesaria provisión regular y legal de la titularidad de los órganos, la continuidad de la prestación de los servicios públicos, y la buena fe, así como la confianza de los particulares que se relacionan con la Administración. En ausencia de expresas previsiones en el Derecho positivo, la tendencia doctrinaria apunta hacia la necesidad de privilegiar la buena fe de los particulares, y por tal razón imputar a la Administración los actos emanados de los funcionarios que se encuentren en esos casos.

De todas maneras esa tendencia admite matizaciones, según cada una de las situaciones reveladoras de defectos en la investidura del funcionario. Así, se acepta que el nombramiento irregular no puede constituir un límite a la imputación, pues debe preservarse la buena fe de los particulares que se relacionan con el ente público, ya que es evidente que la culpa de la Administración en la designación, cooptación o elección del funcionario, no puede recaer sobre el administrado. La misma solución, atendiendo a una fundamentación idéntica, resulta válida para el caso del funcionario que se anticipa en el ejercicio de sus funciones, es decir, aquel que está investido formalmente, pero que sin tomar posesión del cargo, comienza a ejercer sus funciones.

En la hipótesis del titular del órgano que cesa en el mandato por el vencimiento del término, por ejemplo en los casos de los Rectores de las Universidades Nacionales que duran cuatro años en sus funciones (art. 30 de la Ley de Universidades) y del Presidente del Banco Central de Venezuela, cuyo mandato es de siete años de duración (art. 9 de la Ley del Banco Central de Venezuela), cabe advertir, en primer lugar, que antes privaba la tesis, basada en el principio de continuidad admi-

nistrativa, que propugnaba la prórroga (“prorrogatio”) del mandato del funcionario, a título provisorio, con la finalidad de evitar interrupciones en el funcionamiento de la Administración Pública, de tal suerte que dicha “prorrogatio” legitimaba sus actuaciones, y por ende, las mismas eran imputadas a la persona jurídica correspondiente. Esta postura no dejó de suscitar críticas, porque en el fondo de lo que se trataba era de un funcionario que por razones, legales o estatutarias sobrevenidas, perdía la investidura. Posteriormente, sobre todo en Italia, la tesis es corregida, dado que se continúa admitiendo la “prorrogatio”, es decir, el ejercicio provisorio de la función pública, pero reduciendo significativamente su ámbito de aplicación. En el marco de la tesis modificada, ALESSI (1974) sostiene que dicha figura resulta inadmisible en los siguientes casos:

a) Cuando el funcionario a quien se le ha vencido el término de mandato, pueda ser sustituido por un suplente, es decir, por otro funcionario habilitado por la Ley, para cubrir sus ausencias temporales o accidentales. Un caso similar al propuesto por el aludido autor italiano, aparece consagrado en el artículo 12 de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, que establece que cuando el Gobernador electo no tomare posesión, dentro del término señalado en la Ley, el Gobernador saliente resignará sus poderes en la persona que deberá suplirlo provisionalmente.

b) Cuando la cesación en el ejercicio del cargo sea establecida por razones de interés público, por ejemplo, en caso de destitución o anulación del mandato por razones de incompatibilidad originaria o sobrevenida. Era el caso de que se destituyese al Presidente del Banco Central de Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 34, parágrafo único, de la Ley de dicho Banco de 1992, o fuese anulada por el órgano jurisdiccional competente la elección del Gobernador de un Estado fronterizo, en razón de no ser venezolano por nacimiento (art. 41 constitucional).

c) Cuando las funciones desempeñadas por el titular del órgano puedan ser interrumpidas sin causar ningún daño, por no tener carácter continuo, pues faltaría la justificación de la prórroga en el ejercicio de las funciones a título provisorio. Era el caso del vencimiento del mandato del Consejo Asesor del Banco Central de Venezuela (artículos 24 y 30 de la LBCV de 1992), en virtud de que su actividad no resultaba continua, ya que la misma consistía en opinar acerca de los asuntos que, en materia de política monetaria o cambiaria, así como de cualquier otra naturaleza, sometía a su consideración el Presidente del Banco Central de Venezuela.

En la actualidad en Italia, después de una sentencia de la Corte Constitucional del año 1992, que declaró que la "prorrogatio" no revestía el carácter de principio general del ordenamiento, está vigente la Ley 444/1994, cuya aplicación se extiende a los órganos del Estado, de los entes públicos nacionales y de las sociedades con participación pública mayoritaria, que en principio prohibió la prórroga en el ejercicio de sus cargos de los titulares de los mencionados órganos y entes, pero al mismo tiempo estableció una prórroga máxima de cuarenta y cinco días, contados desde el término de vencimiento del mandato. Si fenecido ese término sin que se reconstituya el órgano (designación del titular), el mismo decae, y todos los actos que dicte están viciados de nulidad, e igualmente prescribe que también son nulos los actos dictados durante esos cuarenta y cinco días de prórroga que no sean de ordinaria administración o urgentes. De modo, pues que la referida ley italiana, además de poner fin a la discusión relativa a la imputación de los actos emanados de los órganos prorrogados en su período legal, puesto que en principio obliga a realizar el nombramiento o designación de los funcionarios oportunamente, establece claramente las consecuencias de la mora en su nombramiento, en lo concerniente a los actos que dictan, tanto durante la prórroga de los cuarenta y cinco días, como después de vencido dicho término.

En Venezuela es muy común la situación de la prórroga del mandato de altos funcionarios públicos, y al respecto basta traer a colación el

ejemplo de los Presidentes del Banco Central de Venezuela y del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) bajo la Presidencia de Rafael Caldera, inclusive ambos Presidentes que ya tenían su lapso de mandato vencido en el período constitucional anterior, siguieron ejerciendo el cargo por aproximadamente un año durante la Presidencia de Hugo Chávez F. Pues bien, es necesario destacar que esa prórroga automática, sin carácter de interinato, por lo menos en lo concerniente a la naturaleza de las funciones que ejerce el titular del órgano, debido a que continúa ejerciendo todas y cada una de sus competencias legales, por muy importantes que sean, es decir, sin ningún tipo de limitaciones basadas en la naturaleza de los actos que le corresponda dictar, opera como una cuestión natural, pese a la discusión doctrinaria que la figura ha suscitado en Europa, como quedó demostrado en los párrafos precedentes.

Pensamos que sería necesario abortar legislativamente ese carácter casi "natural" de la prórroga que ha operado en Venezuela ante el fenecimiento del término del mandato de los titulares de los órganos administrativos, lo cual puede ocurrir de dos maneras: a) incluyendo en el texto legislativo pertinente, que bien puede ser la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, o la Ley Orgánica de la Administración Pública, una disposición de carácter general similar a la Ley italiana, si lo que se pretende es ponerle fin a esa situación, con el correctivo de la "miniprórroga", que a la vez limite el tipo de actuaciones que puede realizar el órgano durante la misma y; b) regulando caso por caso, en función de la importancia del órgano al cual se le fija un período de mandato, verbigracia, el Superintendente de Bancos, el Presidente del Banco Central de Venezuela, los Rectores de las Universidades Nacionales, el Presidente de FOGADE, y así sucesivamente, la necesidad de resignar el cargo al vencimiento de sus respectivos períodos, en el funcionario que se determine en la Ley, mientras se realiza la elección o la designación de conformidad con las previsiones legales.

De optar por esta última alternativa sería conveniente de todas maneras consagrar en forma general, para el resto de los órganos no sujetos a la regulación contentiva de la prohibición de la prórroga en los términos antes señalados, que durante el tiempo que ejerzan sus funciones fuera del lapso legal, únicamente podrán realizar los actos de administración ordinaria, así como los urgentes, pues una disposición de ese tenor presionará para el nombramiento o elección oportunos del titular del órgano, en virtud de la reducción de los poderes de quien exceda el lapso de su mandato. En fin, consideramos una necesidad legislar sobre la prórroga de los titulares de los órganos a quienes se les vence el período, bien para prohibirla o admitirla durante cierto tiempo, y en todo caso para decidir acerca de la naturaleza de los actos que pueden dictar los funcionarios durante la vigencia de esa prórroga, pues aparte de que sería saludable para la seguridad jurídica, sería beneficioso para la transparencia administrativa, ya que como es obvio no resulta igual la situación, por ejemplo del Presidente del Banco Central de Venezuela, órgano que debe detentar una gran autonomía frente al Ejecutivo Nacional para cumplir las finalidades que le asigna la Ley de 2001, cuando ejerce sus funciones dentro del período establecido legalmente, que aquel que tiene su período vencido, y por tanto, de alguna manera puede considerarse provisorio, dependiendo de la voluntad del mencionado Poder para hacer la proposición de nombramiento a la Asamblea Nacional.

Cabe finalmente recordar que la solución legislativa de la prohibición de la prórroga no es desconocida en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, pues aparece consagrada en el artículo 12 de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, que de manera categórica estatuye la obligación del Gobernador saliente de resignar el cargo en la persona que deberá suplirlo provisionalmente, cuando el electo no tome posesión del cargo dentro del término establecido en la Ley. Una solución parecida en el fondo está prevista en el artículo 32 de la Ley de Universidades, pues crea un procedimiento especialísimo de designación de autoridades rectorales interinas de las Universidades Autónomas, en caso de que la elección convocada resulte fallida, lo que conduce a evitar

la prórroga en ejercicio de sus funciones a las autoridades a quienes se les vence el período de cuatro años, pues de esa manera deben resignar los cargos en las mencionadas autoridades interinas.

En lo tocante a la solución relativa a las actuaciones del "**funcionario de hecho**", la doctrina mayoritaria estima que a dichas actuaciones no debe otorgársele ninguna eficacia, aun en la hipótesis de que éste haya asumido la titularidad del órgano en situaciones excepcionales, a los fines de satisfacer necesidades colectivas, y que los particulares se hayan relacionado con él de buena fe –creyendo que efectivamente era el titular del órgano– en virtud de que requerían de los servicios que prestaba. Subraya esta posición doctrinaria que todos estos factores no pueden llegar a sustituir el título de investidura (nombramiento, proclamación, cooptación) que en este caso falta absolutamente, razón por la cual los actos del funcionario de facto en realidad emanan de un sujeto privado, y no de la Administración Pública. Ahora bien, en la búsqueda de la solución que preserve la buena fe de los administrados, los partidarios de esta misma tesis aceptan que en aquellos casos en que la gravedad de la situación lo aconseje, el legislador pueda regularizarla confiriéndole eficacia a los actos del "funcionario de hecho", sobre la base de que la asunción fáctica de la titularidad se produjo en situaciones excepcionales, y a los efectos de satisfacer necesidades colectivas.

No obstante, es preciso advertir que la actuación del legislador lo que hace es confirmar la tesis doctrinaria que niega toda eficacia a los actos del funcionario que carece absolutamente de investidura, porque la Ley no va a reconocer valor a dichos actos, sino que se lo confiere –ex novo– a partir de su promulgación, muchas veces sometiéndolos al cumplimiento de determinadas formalidades adicionales. Por otra parte, la doctrina mayoritaria afirma que la convalidación de este tipo de actos debe hacerse mediante instrumentos de rango legal, pudiendo estar contenida en el propio texto legislativo, o bien dicho texto facultar a la autoridad administrativa, para que previa la correspondiente valoración de las circunstancias, proceda a realizarla. Excepcionalmente se admite que

la convalidación provenga del órgano administrativo competente, sin necesidad de que sea promulgada previamente una ley a tal efecto.

9.7. **Relación entre Órgano y Personalidad Jurídica.** Cabe precisar a la luz de lo expuesto en los puntos anteriores, que órgano y persona jurídica son dos conceptos excluyentes, en virtud de que el primero forma parte integrante e inescindible de la segunda. Admitir que el órgano pueda adquirir personalidad jurídica supone aceptar que dejó de ser órgano para tener subjetividad, o dicho de otra manera, para ser una persona jurídica. Esto que parece un axioma, puede ser modificado por el Derecho positivo, pues perfectamente, aunque no resulte nada ortodoxo, es posible que un Ordenamiento le confiera personalidad jurídica a uno o a varios órganos, pero insistimos que en esa hipótesis, en el contexto del marco conceptual manejado por la doctrina mayoritaria, esas unidades administrativas, perderían el carácter de órgano y pasarían a ser entes. GIANNINI (1991) afirma que a algunos órganos puede atribuírsele personalidad jurídica, sobre la base de normas excepcionales y en los límites en que resulte posible, y cita como ejemplo en Italia la suprimida "Cassa per il Mezzogiorno".

Reiteramos que se trata más que todo de una discusión académica, y que la doctrina mayoritaria, por las razones antes expuestas, predica la inexistencia de órganos con personalidad jurídica. En Venezuela tal principio que postula la incompatibilidad de órgano y persona jurídica aparece consagrado indirectamente en el Ordenamiento Jurídico, siendo ejemplos emblemáticos del mismo, la Asamblea Nacional, los Ministerios, el Tribunal Supremo de Justicia, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, por sólo citar algunos, todos órganos constitucionales, de los cuales nadie duda que carecen de **personalidad jurídica,** en virtud de que se subsumen en la personalidad jurídica única del Estado (República).

Ahora bien, pese a que los órganos carecen de personalidad jurídica, es menester advertir que ellos despliegan una actividad jurídica en el

ámbito interno de la Administración, dando lugar a las denominadas **relaciones interorgánicas**, es decir, aquellas que se establecen únicamente entre órganos de una misma persona jurídica (entre el titular de un Ministerio y una Dirección General), ya que si se configuran formalmente entre órganos de personas jurídicas diferentes (entre un Ministerio y el Rectorado de una Universidad Nacional), entonces, como es lógico, se tratará de una relación intersubjetiva, claro está, entre entes públicos. Debido a esas relaciones que se suscitan entre órganos, una parte de la doctrina ha llegado a hablar de "semipersonalidad", "cuasipersonalidad", "personalidad interna" "personalidad interorgánica" y "personalidad instrumental" de los órganos, lo que evidentemente constituye una exageración, por decir lo menos, pues se insiste en que los órganos carecen de personalidad jurídica, sin que ello signifique desconocer el eventual carácter jurídico de sus actividades (ejercicio de sus competencias) en el seno de la personalidad jurídica, pero en definitiva la determinación acerca de la naturaleza de las mismas sólo resulta posible del examen de las regulaciones pertinentes contenidas en cada Derecho positivo.

Las relaciones que establecen los distintos órganos, en ejercicio de sus funciones, entre sí, pueden tener diverso contenido. Así podrán ser de colaboración, por ejemplo, en el caso de delegación de firmas o de funciones (art. 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), o cuando se trata de actos complejos, que requieren la participación de dos o más órganos; de superioridad, por ejemplo, en el caso de los recursos jerárquico y de revisión (arts. 95 y 97 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), o de emanación Instructivos y Circulares (art. 17 ejusdem); de conflicto, en caso de los negativos o positivos de competencia (art. 76, num. 22 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), de dirección y control (art. 76, num. 2, ejusdem), así como de otros contenidos que pueden inferirse del examen de distintas leyes especiales.

Si bien es cierto que las relaciones interorgánicas carecen de relevancia jurídica para el Ordenamiento Jurídico General, en virtud de que con ellas no resulta posible establecer una relación jurídico administrati-

va, no es menos cierto que sí adquieren relevancia en el orden interno de la persona jurídica, en virtud de que la actividad que desarrollan los órganos que originan las relaciones en comento, están reguladas por el Derecho, concretamente por normas organizativas, que como vimos en páginas anteriores, nadie duda en otorgarle el calificativo de jurídicas. Así por ejemplo, la Ley de Carrera Administrativa de 1970 establece la obediencia debida del funcionario público (art. 28, num. 2), deber cuya infracción da lugar a la insubordinación, que es una causal de destitución (art. 62, ord. 22). Sin embargo, tal infracción no llega a configurarse si la orden impartida por el superior jerárquico al subordinado, no guarda ninguna relación con las especificaciones del cargo que éste desempeña. Este ejemplo demuestra como también las relaciones interorgánicas tienen que estar regidas por las normas organizativas pertinentes, so pena de carecer de validez.

SANTAMARÍA PASTOR (1991) intenta resumir las reglas generales que disciplinan esa "subjetividad" propia de las relaciones interorgánicas en materia de imputación, y al respecto propone dos:

> *"Primera, que en el desarrollo de tales relaciones puede tener un doble orden de imputación de efectos: el acto en sí mismo se imputa al órgano, pero sus efectos se imputan a la persona jurídica pública a que pertenece, en cuanto entran a formar parte del* ***interna corporis*** *del acto o conducta final que incide en la esfera jurídica de terceros (por ejemplo acto dictado en uso de una avocación ilegal). Y segunda, que esta subjetividad no abarca en ningún caso la titularidad de las relaciones obligacionales o reales, la cual es siempre predicable del ente público, no de sus órganos, ni legitima para el ejercicio de acciones de ningún tipo, tanto frente al propio ente de pertenencia, cuanto frente a otros órganos, o frente a terceros".*

Finalmente, la relación entre órgano y personalidad jurídica puede adquirir relevancia, sobre todo en la determinación de la imputación, en

aquellas especiales relaciones que llegaron a configurarse entre el Estado (República) y los entes locales (Estados), derivadas del ejercicio de competencias exclusivas de la República, por órganos de los Estados, con la consagración durante la vigencia de la Constitución de 1961, en nuestro criterio, ilegal e inconstitucional, de la figura de la **encomienda de competencia** sobre la base del artículo 21 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, mediante la cual acudiendo a instrumentos de rango sublegal (reglamentos ejecutivos) se transferían competencias exclusivas de la República (no previstas en el artículo 11 de la citada Ley), a las entidades federales, en materia de transporte, tránsito terrestre y vigilancia de la circulación, así como turismo, entre otras, pues en ese caso el Estado (persona jurídica), a través de uno de sus órganos (el Gobernador) actuaba por la República, lo que configuraba una situación problemática, en virtud de que debía dilucidarse si la actuación del Gobernador se imputaba a la entidad federal o a la República.

Por supuesto que la solución de ese problema era de estricto derecho positivo, por vía directa o indirecta. En Venezuela se optó en esa oportunidad, mediante el Reglamento Parcial N° 5 de la Ley Orgánica de Descentralización, al consagrar el **recurso jerárquico** contra los actos que dictasen los Gobernadores de Estado en ejercicio de la encomienda de competencia, que debía ser interpuesto por ante los Ministros competentes por la materia, por establecer de esa manera , obviamente por vía indirecta, la imputación de los actos del Gobernador a la República, y no al Estado del cual era éste el titular de uno de sus órganos fundamentales (La Gobernación).

Independientemente de la legalidad o ilegalidad de la figura de la encomienda de gestión durante la Constitución de 1961, consagrada ahora en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 (art. 39) , lo cierto es que el aludido Reglamento efectivamente contenía una solución al problema de la imputación en la situación atípica descrita, la cual, dicho sea de paso, no dejaba de suscitar dudas, puesto que chocaba con

la concepción del órgano formulada por la doctrina mayoritaria, cuya fundamentación teórica radica en que éste (el órgano) existe jurídicamente en tanto en cuanto imputa sus actos y los efectos de los mismos a la persona jurídica de la cual forma parte, que no es el caso delineado en el citado Reglamento, porque está claro que el Gobernador –órgano del Estado– trasladaba sus actos, así como los efectos de los mismos, a una persona jurídica de la cual no forma parte (la República); sin embargo, debe aceptarse que dicha solución por muy criticable que pueda parecer, resultaba muy superior a la situación que se presenta cuando existe silencio normativo sobre el mecanismo como opera este tipo de imputación.

En fin, es posible postular de manera general que en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos los órganos carecen de personalidad jurídica, lo que impide que se configure una doble imputación, sino una y única directa e inmediata a la Administración o al ente público, y al mismo tiempo permite establecer la responsabilidad, también directa de la Administración. Por supuesto, que igualmente algunos Derechos positivos pueden configurar excepciones y otorgarle personalidad jurídica a determinados órganos; de allí que en definitiva el examen de este problema debe comenzar siempre por el examen del correspondiente ordenamiento positivo.

9.8. **Diferencia entre representación y relación orgánica.** Hemos sostenido en párrafos anteriores que la imputación es un mecanismo de traslación de actos y efectos jurídicos, o ambos a la vez, que no es privativo del Derecho Público, antes por el contrario, tiene su origen en el Derecho Privado; por consiguiente, opera también en la representación; de allí que resulte conveniente identificar las diferencias que se originan cuando la actuación es mediante órgano (relación orgánica) y cuando es mediante representante (representación), partiendo de la idea básica de la traslación de los actos o de los efectos de los mismos. En este orden de ideas cabe recordar que la regla general es que los actos, así como los efectos de los mismos, de una persona, deben ser imputados a esa misma persona y no a otra. Precisamente si se toma como base dicha regla es posible mostrar las aludidas diferencias. Esquemáticamente sería así:

1) ACTO Y EFECTOS DEL ACTO DE **"A"** se imputan **a "A"** es lo que ocurre cuando una persona natural, por ejemplo compra un automóvil, puesto que tanto el acto de compra como sus efectos necesariamente se trasladan a esa persona; 2) pero ocurre que en la representación el ACTO DE "**A"** se imputa a **"A"**, pero los EFECTOS de ese acto se trasladan a **"B"** donde **"A"** es el representante de **"B"**, y éste el representado; 3) ACTO DE "**A"** y EFECTOS DEL ACTO DE **"A"** se imputan a **"B"**; donde "**A**" es la persona física titular del órgano, y **"B"** es la persona jurídica pública de la cual forma parte integrante "**A**", configurándose de esa manera la denominada **relación orgánica**, en la cual se produce una desviación tanto del acto como de los efectos del mismo, porque en lugar de imputárselos a la persona física titular del órgano, que es la regla en el caso de las personas naturales, se trasladan a la persona jurídica **"B".**

De lo expuesto en el párrafo anterior se desprende que en la representación existe una imputación parcial, por cuanto el acto se traslada al representante ("**A**"), pero los efectos se desvían o imputan al representado ("**B**"). Sería el caso del padre que en ejercicio de la patria potestad realiza una operación financiera en nombre de su hijo menor de edad, pues el acto (compra de bonos del tesoro) es del padre, pero los efectos (aumento o disminución del patrimonio del representado, según el caso) son imputables al hijo; y que en la relación orgánica existe una imputación total o global, por cuanto tanto el acto de "**A**", como los efectos del mismo, son trasladables a "**B**", y al mismo tiempo hay una desviación tanto del acto como de los efectos, pero con la particularidad de que el autor material del acto forma parte de la persona jurídica, dado que en la relación orgánica –reiteramos– existe una sola persona.

A mayor abundamiento resulta útil señalar que el órgano que origina la relación orgánica encuentra su base en la estructura organizativa de la persona jurídica, en cuanto forma parte de la misma; en cambio, el representante que origina la representación resulta extraño o está fuera de la estructura organizativa del ente por el cual actúa, de tal suerte que

resulta correcto afirmar que el representante está ligado a la persona jurídica a la cual imputa los efectos de sus actos, por la relación jurídica de representación, por lo que no establece ningún vínculo organizativo con ella. A los fines de precisar aún más esas diferencias debe enfatizarse que la relación orgánica no se resuelve en una dualidad de sujetos, pues –insistimos– en que el órgano se identifica (“inmedesimazione”, en términos de la doctrina italiana) con la persona jurídica, por formar parte de ella, de tal manera que existe solamente un sujeto, lo que excluye, en principio, que entre órgano y ente pueda configurarse una relación intersubjetiva; en cambio, en la representación sí necesariamente está presente esa dualidad: el representante y el representado, y por supuesto que se configura una relación de la naturaleza indicada.

9.9. **Órganos representantes legales de los entes públicos.** La gran recepción que tuvo y que continúa teniendo la teoría del órgano en casi todos los ordenamientos jurídicos, condujo a sustituir el mecanismo de la imputación mediante la figura de la representación por la del órgano. Sin embargo, una parte minoritaria de la doctrina italiana afirma que nada impide que inclusive en Ordenamientos Jurídicos Generales de actualidad se opte por la fórmula de la representación para lograr ese mismo fin, y que tampoco transitar esa opción constituiría un atentado contra la ortodoxia jurídica, ya que perfectamente el Derecho positivo puede preferir dicha figura. Si bien esta tesis puede resultar correcta desde el punto vista formal, en la práctica pareciera inaplicable, pues no hay que olvidar que optar por la modalidad de la representación conduciría a que las personas jurídicas carecieran de órganos, los cuales serían sustituidos por representantes, ligados a los entes públicos por una relación intersubjetiva, lo que sin dudas afecta a la idea de la organización administrativa que preside la estructura y el funcionamiento de este tipo de entes, tornando nugatorios los principios jurídicos de dicha organización, tales como la delegación orgánica, la desconcentración, la coordinación, la jerarquía, etc, sin los cuales resulta casi inexplicable el funcionamiento de las organizaciones públicas.

A las razones anteriores que permiten rechazar la utilización de la representación como mecanismo de imputación de las actuaciones y los efectos de las mismas, de los entes públicos, que dicho sea de paso, revisten un carácter fundamental, hay que añadir las derivadas del hecho cierto atinente a que el representante imputa sólo los efectos de sus actos, mas no los actos, lo que como ha quedado demostrado precedentemente, disminuye significativamente las garantías de los particulares frente a las actuaciones de la Administración, en virtud de que ésta se puede excepcionar, invocando los estados mentales, los estados de conciencia y las calificaciones de conducta del representante, y de esa manera reducir, como expresamos anteriormente, su responsabilidad. Insistimos entonces en que todo conduce a sostener que actualmente resulta casi inexcusable el uso de la figura del órgano para explicar el mecanismo de imputación de los actos, así como el efecto de los mismos, por parte de los entes públicos.

Ahora bien, no debe confundirse a la representación técnica, cuyo soslayamiento como mecanismo de imputación, fue el resultado de la recepción de la Teoría del Organo, con **la representación legal** que en algunas leyes se atribuye generalmente a uno de los órganos de la persona jurídica. En efecto, cuando hablamos de representación "técnica", para diferenciarla de la legal, aludimos a la figura que permite imputar los efectos de los actos que dictan las personas jurídicas públicas en ejercicio de potestades administrativas. Así por ejemplo, si fuese admisible la representación, el representante de la Universidad conferiría un grado, o impondría una medida disciplinaria. De una vez aclaramos que los órganos de las personas jurídicas en términos generales imputan tanto los actos como los efectos de los mismos, que también son el producto del ejercicio de potestades públicas. En cambio, cuando un texto legislativo erige a un órgano en el **representante legal** del ente, no hace más que tener en cuenta la denominada capacidad negocial o de derecho común del ente, es decir, la aptitud para celebrar contratos y asumir obligaciones frente a terceros, así como la capacidad procesal, pues la persona jurídica está en juicio mediante su representante legal. De modo, pues, que en

este caso lo que ocurre es que uno de los órganos de la persona jurídica es erigido normativamente como el representante legal de la misma. De lo expuesto se colige claramente la diferencia existente, en el marco de la Teoría del Organo, entre la que hemos denominado representación o representación "técnica", y la representación legal.

Conviene hacer notar que en Venezuela encontramos varias leyes, cuyo texto revela que consciente o inconscientemente los legisladores se ajustaron al anterior marco conceptual, entre las cuales pueden mencionarse la del Banco Central de Venezuela de 1992 y la de Universidades . Efectivamente, la primera en su artículo 34 prescribe que "La dirección inmediata y la Administración del Banco Central de Venezuela, estarán a cargo del Presidente, quien será, además, el Presidente del Directorio y el **representante legal** del Banco" (énfasis añadido). Hay que acotar que ese mismo texto legislativo inviste con el carácter de órganos además del Presidente, al Directorio (art. 10) y al Consejo Asesor (art. 23). El artículo 34 se repite en los mismos términos en el artículo 8 de la LBCV de 2001.

Esa misma técnica es seguida por la Ley de Universidades, que en su artículo 37 estatuye que "El Rector es el **representante legal** de la Universidad y el órgano de comunicación de ésta con todas las autoridades de la República y con las Instituciones nacionales y extranjeras".

De la lectura del dispositivo transcrito se colige que el Rector aparece instituido como **representante legal** y a la vez como órgano de la Universidad, pero además en ese mismo instrumento legislativo aparecen claramente delineados como órganos de las Universidades, el Consejo Universitario, el Consejo de Apelaciones, los Consejos de Facultades, los Consejos de Escuelas, etc. Sin realizar un análisis de las múltiples leyes vigentes en Venezuela reguladoras de entes públicos, pensamos que en todas o en la mayoría de ellas se ha seguido la misma técnica legislativa, la cual –insistimos– resulta correcta desde el punto de vista

conceptual. Pero poniendo de manifiesto esa coincidencia que puede y debe darse entre “órgano y representante legal”, pretendemos subrayar que no es posible establecer diferencia, por ejemplo, entre el rector–órgano y el rector– representante legal de una Universidad, pues en su primer rol emana proveimientos administrativos, en ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley, por ejemplo imponerle la sanción disciplinaria de expulsión a un estudiante por más de dos años, o expedir el título a un graduado, y en su segundo rol (representante legal) debe suscribir todo tipo de contrato de la Universidad con terceros, o designar a un abogado para que defienda a la Universidad en un juicio.

Ha de advertirse que muchas veces el representante legal expresa la voluntad negocial del ente, previa aprobación del correspondiente acto por parte de un órgano del mismo. Así por ejemplo el Rector de una Universidad, en su carácter de representante legal, sólo puede firmar el contrato de compra venta de un lote de automóviles después que el Consejo Universitario le imparte su aprobación. Pero más importante que esa situación de carácter formal, es que se entienda que a todos los órganos de un ente público, incluyendo al que ostenta su representación legal les corresponde ejercer potestades administrativas, según sus distintas esferas de competencias, y que al órgano-representante legal no se le atribuye una legitimación especial para que ejerza dichas competencias, pues basta con que revista ese carácter para que automáticamente pueda dictar proveimientos administrativos, por supuesto, que en el marco de su respectiva competencia.

En suma, interesa concluir este punto señalando que actualmente debe descartarse la figura de la representación para explicar la imputación de las actuaciones de los entes públicos; que existe una diferencia entre representación en sentido técnico (para imputar efectos de actos dictados en ejercicio de potestades administrativas) y la representación legal que recae en un órgano del ente a los fines de que éste ejerza su capacidad negocial y procesal; y que todos los órganos, por revestir tal carácter ejercen potestades administrativas en sus respectivas esferas de

competencia, con la diferencia que el órgano-representante legal, además expresa la voluntad negocial y procesal de la persona jurídica, correspondiéndole a la ley que la crea o regula erigir a dicho órgano en representante legal.

9.10. **Oficio subjetivo o "*munus*", oficio objetivo u "*officium*". Diferencia con el órgano.** Es necesario comenzar este punto señalando que lo desarrollaremos sucintamente por razones esencialmente académicas, en virtud de que la gran mayoría de los Tratados y Manuales de Derecho Administrativo italianos, en el tema relativo a la organización administrativa, cuando examinan la tesis acerca de las figuras subjetivas, y consecuencialmente del mecanismo de imputación jurídica, suelen referirse al "munus y al "oficcium", pero actualmente encuentran poquísima o ninguna aplicación en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Quizás en Italia puedan todavía jugar un papel importante porque hasta hace poco tiempo permitían explicar la actuación de colectividades tan importantes como los partidos políticos y los sindicatos, a los cuales el ordenamiento no les confería personalidad jurídica. Pero sobre todo lo hacemos porque en algunos concursos de oposición de Derecho Administrativo celebrados en la Universidad Central de Venezuela, se ha interrogado a los concursantes sobre las mencionadas figuras, las cuales por encontrar un desarrollo tangencial casi exclusivamente en la doctrina italiana, debido a la aludida carencia de mayor relevancia jurídica, su estudio resulta soslayado por la mayoría de los profesores y estudiosos del Derecho Administrativo en Venezuela, razón por la cual dicha interrogante generalmente no es respondida satisfactoriamente por parte de los participantes en los concursos. Insistimos en que se trata de una exposición sucinta que trataremos de hacer en los términos más sencillos que podamos, pues no dejamos de reconocer que la formulación italiana sobre estas figuras es bastante compleja.

Pues bien, una vez hecha la anterior explicación, comenzamos por señalar que tanto el "munus" (oficio subjetivo), como el "Oficcium" (oficio objetivo) son figuras originarias del Derecho Canónico, que según la

doctrina italiana son incorporadas a la Teoría General del Derecho Público por primera vez en 1950, por el gran jurista Massimo Severo Giannini, precisamente en el marco de la tesis sobre las figuras subjetivas. Al respecto este autor afirma que muchos siglos antes de la invención de las personas jurídicas, existían estas especies de figuras subjetivas, que tuvieron una gran importancia en ordenamientos incipientes o no desarrollados, así como en el funcionamiento e imputación de las actuaciones de los **entes de hecho**. Estructuralmente el "MUNUS" es una persona, la gran mayoría de las veces natural, pero nada obsta para que excepcionalmente sea jurídica, a quien la ley le atribuye la tutela de un interés ajeno. El interés tutelado puede tener carácter público, como en el caso de los hijos menores a través de la patria potestad, o de un interés público, como ocurre con el síndico de la quiebra. Por lo tanto, la actividad del "munus" está funcionalizada, en virtud de que la misma, como se expresó antes, no es a favor del titular de dicho "munus", sino de un tercero, generalmente una colectividad. En el ejercicio de esa función puede ocurrir que el "munus" esté sujeto a instructivos o directivas de otros sujetos, quienes también coadyuvan en la tutela del mismo interés.

A los fines de precisar más sobre el uso del término, cabe destacar que el sujeto o persona natural pasa a ser titular del "munus", que siempre es público, pero en virtud de que realiza la función es denominado "munus", pero también se denomina "munus" a la función misma. Hay que resaltar que el titular del "munus" es un sujeto de derecho común, es decir, no es funcionario público; por consiguiente, a la vez que realiza la actividad dirigida a tutelar el interés que le ha sido confiado, ejerce sus actividades profesionales ordinaria y normalmente. En otros términos: si se observa toda la actividad realizada por esa persona, es posible identificar una parte de la misma, que no es de dicha persona como tal, si no que es aquella parte destinada a la tutela o protección del interés ajeno que le ha sido encomendado. Así el síndico de la quiebra cumple con la conservación y administración de la masa de dicha quiebra, pero al mismo tiempo ejerce sus actividades profesionales como abogado. Por supuesto que el sujeto del "munus" está dotado de potestades para actuar

en la consecución del objeto que le ha sido confiado, pero al mismo tiempo puede ser sancionado cuando en el desarrollo de las actividades incumple disposiciones legales que disciplinan el ejercicio de sus funciones. En este orden de ideas, afirma GIANNINI (1991), que el "munus" tiene "un deber jurídico fundamental: comportarse de modo tal que obtenga el mejor resultado respecto del interés al cuidado del cual ha quedado encargado".

Debe quedar muy claro que el sujeto o titular del "munus" no es parte de la organización administrativa, porque funciona precisamente como una especie de auxiliar de dicha Administración, razón por la cual cumple las funciones que le han sido asignadas mediante sus propios medios, a cambio de lo cual recibe un pago de la Administración Pública, o directamente de los ciudadanos o usuarios en beneficio de quienes realiza dichas funciones. En el contexto de ese marco conceptual debe diferenciarse el "munus" del órgano, aunque ambos sean centros de imputación, pues dado que el primero no es parte del ente público, no puede ser confundido con un órgano de éste; de allí que sus actuaciones sean imputadas al propio "munus", y los efectos de las mismas a los terceros a quienes está destinada la función.

Finalmente, cabe reseñar que la doctrina italiana (CERULLI, 1997) ha clasificado los "munera" en legales, aquellos establecidos en la Ley, siendo ejemplos de los mismos en Italia, entre otros, las funciones públicas atribuidas a los notarios, los poderes para adoptar determinados actos administrativos, atribuidos a capitanes de Barcos y de Aviones; en "munera" necesarios, los previstos en la ley en todos aquellos casos de gestión sustitutiva de empresas o entes en dificultad, tales como los Comisarios Liquidadores y extraordinarios. Entran en esta categoría los síndicos de las quiebras; y en "munera" convencionales, constituidos discrecionalmente por la Administración Pública, en los cuales se destacan los sujetos privados concesionarios de potestades públicas.

El oficio objetivo u "officium" es el instrumento mediante el cual una determinada colectividad que carece de personalidad jurídica (ente

de hecho) actúa jurídicamente. En Italia se suelen citar como ejemplos emblemáticos los sindicatos y los partidos políticos, cuyas articulaciones organizativas, impropiamente denominadas órganos (Comité Directivo, Asamblea, Secretaría General, etc.) actúan para tutelar los intereses de dichos entes de hecho. Demás está observar que es impropia la utilización del término órgano para referirse a las articulaciones organizativas de este tipo de entes, precisamente porque ellos carecen de personalidad jurídica, y como hemos expresado precedentemente sólo es posible predicar la existencia de un órgano cuando el mismo forma parte de una persona jurídica.

En fin, los "officia" son al igual que los "munera" centros de imputación jurídica para la tutela de determinados intereses, pero a diferencia de los segundos, no son extraños a la estructura organizativa de la figura subjetiva (entes de hecho), en virtud de que forman parte de éstos; de allí que se les califique como oficios en sentido objetivo; y de allí también que la actividad jurídica realizada por el "officium" sea imputada a éste, y los resultados de dicha actividad al ente de hecho. Ha de añadirse que el "officium", como el "munus" están dotados de potestades frente a los que componen el grupo para el logro de su cometido, y por estar su actividad funcionalizada debe ser objeto de control. Además a diferencia del "munus", que como expresamos antes, tutela un interés ajeno, es titular de los intereses del ente al cual pertenece, el cual sólo puede tener vida jurídica a través del "officium".

En los términos expuestos anteriormente hemos resumido las características más importantes de los denominados "munera" y "officia" por la doctrina italiana, los cuales resultan explicables en el marco de la tesis de las figuras jurídicas subjetivas, y el mecanismo de la imputación jurídica, tanto formal como material, quedando claramente establecidas las diferencias con los órganos, pero sobre todo la poca importancia jurídica, inclusive en Italia, que hoy revisten dichas figuras, de tal suerte que el interés por su estudio no va más allá del meramente académico. Por supuesto que en Venezuela la construcción teórica relativa al "munus" y al "officium" ex-

puesta sintéticamente, puede servir para darle un basamento conceptual, entre otras figuras, a las sociedades de hecho, a la patria potestad, al síndico de la quiebra y a los tutores de menores y entredicho. No nos atrevemos a sostener lo mismo con relación a los concesionarios a los cuales se les confiere el ejercicio de potestades públicas, en virtud de que amerita un examen que excede los límites del presente trabajo.

9.11. **Clasificación de los órganos.** Comenzamos por señalar que existen múltiples clasificaciones de los órganos administrativos, pues cada autor propone la que le parece más conveniente, no obstante, las mismas pueden ser resumidas atendiendo fundamentalmente a las variables referentes a la relevancia constitucional, a su estructura y a sus funciones.

9.11.1. **Según su estructura.** Atendiendo a esta variable se clasifican en: a) individuales, monocráticos o unipersonales y colegiados; b) simples y complejos; c) representativos y no representativos, d) internos y externos. Se dice que el órgano es **individual, unipersonal o monocrático**, cuando su titular es una sola persona. Ejemplos, el Presidente de la República, el Ministro, el Rector de una Universidad, y **colegiado**, cuando se compone de una pluralidad de personas que concurren simultáneamente y en igualdad de condiciones al ejercicio de una misma función. En estos órganos la voluntad expresada por cada uno de sus miembros se unifica y se presenta externamente como voluntad del colegio. Ejemplos, el Consejo de Ministros, el Consejo de Estado y el Consejo Federal de Gobierno.

La clasificación entre **órganos simples y complejos** ha sido bastante debatida en la doctrina, en virtud de que una parte de la misma sostiene que los simples están constituidos por una unidad elemental que resulta indivisible, los cuales no se integran en su actuación con otros órganos. Pueden ser a su vez individuales o colegiados. Ejemplos, el Rector de una Universidad, el Directorio del Consejo Nacional Electoral, mientras que los complejos son aquellos integrados por una pluralidad de órganos dirigidos por un órgano superior. Ejemplo, los Ministerios,

constituidos por los Viceministerios, las Direcciones Generales, los cuales a su vez, en atención a las competencias que le son asignadas, son órganos simples. Otro sector doctrinario sostiene que el órgano complejo es aquel integrado por una pluralidad de órganos, concebidos éstos en estricta puridad conceptual, como las unidades administrativas facultadas para expresar la voluntad del ente del cual forman parte, coordinados para el logro de un determinado fin ("órgano de órganos"); por tanto, no podría recibir esa denominación la estructura organizativa compuesta de un solo órgano con relevancia externa y de varios órganos subordinados, de carácter interno, que deberían ser calificados como órganos simples. De lo expuesto se infiere que ambas posiciones obedecen al concepto de órgano que manejan sus partidarios.

La clasificación de órganos en **internos y externos**, según el desarrollo conceptual que hemos dado en el presente Capítulo resulta inapropiada e incorrecta, puesto que sólo existe un solo concepto de órgano, que es la unidad administrativa funcional calificada por una norma del Ordenamiento Jurídico para expresar la voluntad de la persona jurídica frente a terceros, o sea, que siempre será **externo**, lo que excluye en estricto rigor jurídico, la figura de los órganos internos. Más aún: en el marco de esta tesis, la expresión órgano externo sería pleonástica. No obstante, la clasificación puede ser admisible desde el punto de vista didáctico, siempre que se hagan las previas y debidas precisiones, porque debe recordarse que en páginas anteriores afirmamos que no se puede llegar a descartar el carácter jurídico de las relaciones que se instauran entre los órganos de una misma persona jurídica, luego hablar de órganos internos permite explicar la eficacia de las actuaciones derivadas del establecimiento de esas relaciones en el ámbito de la organización del ente. Pero debe quedar claro entonces que órgano interno es más una noción didáctica que jurídica. Por supuesto que el concepto de órgano externo, obedece a la unicidad de dicho concepto, expuesto al comenzar este párrafo y muchas veces a largo de este Capítulo.

Los órganos **representativos** son aquellos cuyos titulares son designados o electos por la comunidad, la cual constituye el sustrato del correspondiente ente. Ejemplos emblemáticos de los mismos son los órganos legislativos (Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos y los Concejos Municipales). Pero también existen órganos representativos de carácter administrativo. Así por ejemplo, la Junta Directiva del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales que está integrada por representantes del Ejecutivo Nacional, de los trabajadores, de los empresarios y de los médicos. Además el artículo 610 de la Ley Orgánica del Trabajo impone que en los Directorios, Juntas Directivas o Administradoras o Consejos de Administración de los Institutos Autónomos y organismos de desarrollo económico o social del sector público y de las empresas del Estado, estén representados los trabajadores mediante dos Directores Laborales, lo que convierte a todos esos órganos en representativos. También es un órgano de esta naturaleza el Consejo Federal de Gobierno. Por supuesto que la representatividad puede ser también de segundo grado, como en el caso del Defensor del Pueblo, que es designado por la Asamblea Nacional. En cambio, se consideran órganos **no representativos**, en general todos los unipersonales y los colegiados, en cuya integración no aparece representado ningún tipo de interés (de trabajadores, empresarios, estudiantes, etc.), razón por la cual no son ni elegidos ni designados por los portadores de ese interés. Ejemplo, los Ministros, los Prefectos y en general los Presidentes de los Institutos Autónomos.

9.11.2. **Según la relevancia constitucional.** Son órganos constitucionales aquellos que revisten el carácter de supremos, es decir, que están en el vértice de los Poderes Fundamentales del Estado, y además resultan indispensables para la existencia y el funcionamiento del Ordenamiento del cual forman parte. Así por ejemplo no resultaría posible predicar la existencia del Estado venezolano sin la Presidencia de la República, de la Asamblea Nacional o del Tribunal Supremo de Justicia. Hay que advertir que según la doctrina no todo órgano creado constitucionalmente entra en la categoría de **órganos constitucionales**, ya que se insiste que sólo forman parte de la misma los que revisten las caracte-

rísticas antes enunciadas. Para los creados por la Constitución que no las reúnen, los autores italianos reservan la denominación de **órganos con relevancia constitucional**, que en Venezuela serían, por ejemplo, el Consejo Federal de Gobierno, el Consejo de Estado y el Consejo de Defensa de la Nación, cuya inexistencia no afecta sustancialmente el funcionamiento del Estado.

9.11.3. **Según sus funciones.** Atendiendo a esta variable los órganos se clasifican en: a) activos, consultivos y contralores; b) centrales y periféricos y; c) ordinarios y extraordinarios, y d) permanentes y temporales.

Son órganos **activos** los que forman y manifiestan la voluntad del ente, o la ejecutan, la cual como se ha dicho, se imputa a la respectiva persona jurídica pública. Por ejemplo, los Ministros, los Presidentes de los Institutos Autónomos, las Juntas Directivas de los Institutos Autónomos. En cambio, son órganos **consultivos**, los auxiliares de los activos, en virtud de que los ilustran mediante criterios técnicos que se expresan en dictámenes y propuestas. Por ejemplo, la Procuraduría General de la República. Son órganos **contralores o de control**, los que fiscalizan y vigilan los actos o el comportamiento de los órganos activos, según parámetros que pueden ser de legitimidad, mérito, eficiencia, etc., con la facultad de adoptar los correctivos legales, que van en el ámbito interno desde la no aprobación hasta la anulación de decisiones. Ejemplo, el caso de los Ministros cuando ejercen el control de tutela sobre órganos activos de la Administración descentralizada, o el caso de la Contraloría General de la República cuando declara la responsabilidad administrativa o formula reparos, en el ámbito del control externo.

Son **órganos centrales** aquellos cuyas competencias se extienden a todo el territorio del Estado, y generalmente tienen sus sedes en la capital de la República. Por ejemplo, los Ministerios, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo. En cambio, son órganos **periféricos** aquellos que limitan el ejercicio de sus competencias a una determina-

da porción del territorio nacional. Por ejemplo, los Gobernadores de Estado, los Alcaldes, los Concejos Municipales y lasDirecciones Estadales de los Ministerios.

Son **órganos ordinarios** los creados por la Constitución y las Leyes para ejercer competencias para el normal desarrollo de la Administración Pública. Por ejemplo, el Superintendente de Bancos, los Ministros, los Alcaldes. En cambio son **"órganos extraordinarios**" los que se constituyen en momentos de emergencia, los cuales no están previstos normalmente en el Ordenamiento Jurídico, y que aún cuando lo estén, no funcionan permanentemente. Por ejemplo, la Junta de Emergencia Financiera y la Junta de Administración Cambiaria, órganos estos que fueron creados para enfrentar la emergencia derivada de la crisis vivida por el sistema financiero venezolano a partir del mes de enero de 1994. También se dice que son órganos ordinarios aquellos previstos en el diseño organizativo de la respectiva personalidad jurídica, y extraordinarios aquellos que actúan en sustitución de los ordinarios. En Italia en General se conocen estos últimos como Comisarios.

Los órganos pueden ser **permanentes y temporales**, según ejerzan funciones en forma continuada o estable, o lo hagan por un determinado período de tiempo, es decir, los creados caso por caso para atender a tareas específicas. Como es lógico pensar, permanentes son la inmensa mayoría de los órganos; en cambio, los temporales tienen carácter excepcional, verbigracia los Jurados de los concursos de oposición.

10.12. **Relación orgánica y relación de servicio.** En realidad el título del acápite tiene que ver con la relación que se establece entre la persona física, titular del órgano, y la persona jurídica pública de la cual aquélla forma parte. En estricta puridad conceptual la expresión "relación orgánica" revela una impropiedad, porque para que se configure una **relación** resulta impretermitible la presencia de por lo menos dos sujetos de derecho, y hemos repetido a lo largo de este Capítulo que la gran virtud de la Teoría del Organo radica en que explica el mecanismo

de la imputación de los actos de las personas físicas a las personas jurídicas, sin necesidad de recurrir a la existencia de dos personas, corno ocurre en la tesis del mandato (mandante-mandatario), o en la tesis de la representación legal (representado-representante), en virtud de que el órgano nace y forma parte de la persona jurídica, lo que significa que existe una y única persona jurídica. No obstante la impropiedad señalada, la doctrina continúa utilizando la expresión en comento, porque contribuye a reflejar más claramente la premisa fundamental contenida en la Teoría del Organo.

Es así como se ha sostenido que la "relación orgánica" expresa una relación de carácter **organizativo,** por cuanto no se refiere al titular, como sujeto, es decir, como persona o grupos de personas, en el caso del órgano colegiado, "sino que alude a una cualidad jurídica que la norma atribuye al titular del oficio por la que actúa produciendo efectos que no le son imputables, y ejercita potestades que, como sujeto material no tendría..." (GIANNINI, 1991). Dicho de otra manera, la personalidad del titular del órgano como tal, resulta total y absolutamente irrelevante, en lo atinente a su actividad dentro de éste, la cual sólo es actividad del ente o persona jurídica. Por esa razón también resulta indiferente quien sea el titular del órgano, pues en caso de que por cualquier razón falte la persona física designada o elegida, de todas maneras el órgano ejercerá sus atribuciones, y el que la sustituya temporalmente, precisamente en virtud de esa sustitución revestirá la misma cualidad jurídica que le atribuye la norma al titular, para imputar tanto sus actos como sus efectos, a la persona jurídica de la cual forma parte.

Por supuesto que el titular del órgano en ningún caso pierde su personalidad, la cual manifiesta en toda su extensión cuando se confronta con el ente del cual forma parte y le presta servicios, pues en ese caso surge una nueva relación entre ente y persona física titular del órgano, denominada por la doctrina **relación de servicio**, la cual es fundamentalmente de naturaleza patrimonial, puesto que ésta (persona física) se vincula con la Administración (ente público), mediante un

contrato o a través del denominado estatuto, y en ambos casos se genera un conjunto de derechos y deberes para ella, la más veces de carácter económico, entre los cuales se pueden mencionar el derecho a la estabilidad, a las prestaciones sociales, vacaciones, sueldo, bono vacacional, etc. 0 sea, que en la relación de servicio el funcionario público tiene derechos subjetivos propios respecto al ente, en cambio, en la relación orgánica, como vimos anteriormente, carece de ellos, porque forma parte del mismo, y lo que hace es ejercer competencias. En suma, sostiene DIEZ (1963) que:

> *"... cuando el titular del órgano está actuando frente a terceros y desarrolla una competencia de la cual es titular, entra en vinculación con la administración mediante una* ***relación orgánica*** *y por un fenómeno de incrustación en la propia organización, es una actuación por y para la organización. Si, por el contrario, el titular del órgano actúa contra la organización, ya no se tiene en cuenta su relación orgánica, sino su* ***relación de servicio,*** *es decir, su posición de funcionario, y así es, en efecto, porque cuando un funcionario reclama un sueldo o su derecho a la asistencia, no puede decirse que realiza una actividad orgánica, sino que actúa como persona física, en cuanto tercero, frente a la misma organización".* (énfasis añadido).

De la anterior cita quedan claramente reveladas las distintas posiciones que asume el titular del órgano respecto del ente al cual pertenece, así como las distintas relaciones a que da lugar cada una de esas posiciones: la relación orgánica cuando ejerce las funciones atribuidas al órgano, e imputa tanto actos como efectos a la persona jurídica, y la relación de servicio que tiene su origen en el título (investidura), sobre cuya base la persona física (titular) realiza las actividades que corresponden al ente, del cual deriva el estatus de funcionario, que le permite reivindicar frente a dicho ente derechos fundamentalmente de naturaleza económica. En fin, la denominada relación orgánica tiene un carácter organizativo, y la de servicio esencialmente patrimonial, aunque ambas nazcan de la designación de la persona física como titular del órgano.

9.13. **Constitución, modificación y extinción de los órganos.** Este es un aspecto relevante de la potestad organizativa que será estudiado en el Capítulo correspondiente al tema 12 del Programa, pero de todas maneras es bueno dejar sentado muy brevemente que existen dos tendencias doctrinarias en esta materia: una que postula que todo lo relativo a la constitución, y extinción de los órganos administrativos es de estricta reserva legal, y otra que admite que si bien los entes públicos deben ser creados por ley, la tutela de los intereses públicos que corresponde a los órganos administrativos, conduce a sostener que mediante instrumentos de rango sublegal, una vez creado el ente con el trazado de su diseño organizativo, sea posible, si éste resulta incompleto o insuficiente a los fines de tutelar eficiente y eficazmente los intereses que se le confían, pueden crearse órganos adicionales, o modificarse, o suprimirse algunos de los creados por ley. Como se observa el problema no resulta nada sencillo, y en definitiva debe ser resuelto por el Derecho positivo de cada país, atendiendo a una de esas dos posiciones, o mediante una combinación de ambas. De todas maneras, como expusimos antes, nos corresponderá estudiar el punto detenidamente en el Capítulo XI de este Manual, cuando nos toque analizar la normativa constitucional pertinente.

9.14. **La Teoría del Órgano en el ordenamiento jurídico venezolano.**

9.14.1. **En la legislación (Ley Orgánica de la Administración Central y Ley Orgánica de la Administración Pública).** Cabe advertir que desde el punto de vista de la técnica legislativa no se estila hacer definiciones en los esquemas normativos, razón por la cual resulta poco probable encontrar la definición del órgano en esquemas normativos, pero lógicamente en ellos, sobre todo los que integran textos legislativos que trazan el diseño organizativo de los entes, sí suelen encontrarse referencias directas e indirectas a los órganos, correspondiéndole a los intérpretes contextualizar las expresiones normativas en el marco conceptual prevaleciente en cada ordenamiento. Ha de reiterarse que la Teoría del Organo ha sido muy debatida desde el mismo momento de su formula-

ción, y aún continúa sujeta a críticas, al punto que recientemente el autor italiano SABINO CASSESE (1994), le ha formulado serios cuestionamientos, porque según su criterio olvida la organización y se interesa en el órgano y en tal sentido sostiene "Una organización en sentido propio, como conjunto de órganos ni siquiera existe, ni puede existir si la unidad de los órganos se realiza en el Estado-persona jurídica...".

Quizás por esa razón en algunos ordenamientos se ha recurrido a la metodología que consiste más que en definir el concepto de órgano, en la enunciación en disposiciones normativas de sus elementos básicos, especialmente el relativo a la facultad para expresar la voluntad de la persona jurídica, que permiten a los operadores jurídicos comprender sin mayores dificultades la noción de órgano que se maneja en esos ordenamientos jurídicos.

Así por ejemplo, en España en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se define en su artículo 2.2. la personalidad jurídica de la Administración del Estado, y en su artículo 5.2. se alude al concepto de órgano en los siguientes términos:

> *Art. 2. " Personalidad jurídica y competencia 1. La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo.*
>
> *2. La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados,* ***actúa con personalidad jurídica"*** (énfasis añadido).
>
> *Art. 5 " Organos Administrativos 1. Los órganos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos se crean, modifican y suprimen conforme a lo establecido en esta Ley.*

> *2. Tendrán la consideración de órganos las unidades administrativas* ***a las que se le atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo****"* (énfasis añadido).

En ese mismo sentido está concebido el artículo 3, segundo aparte, del Decreto Ley 3 de febrero 1993 de Italia, que establece que corresponde a "**los órganos la adopción de los actos que comprometen a la administración hacia el exterior**" (énfasis añadido).

En el ordenamiento jurídico venezolano, pese a que como resulta lógico se alude a los órganos en múltiples instrumentos normativos, especialmente en la Constitución de 1999, hasta el mes de septiembre de 2001 no existía una disposición similar o equivalente a las dos antes transcritas. En efecto, en la mencionada fecha resultó sancionada por la Asamblea Nacional la novísima **Ley Orgánica de la Administración Pública** (LOAP), cuyo objeto es "establecer los principios y bases que rigen la organización y funcionamiento de la Administración Pública, los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la Administración Descentralizada funcionalmente; así como regular los compromisos de gestión; crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y establecer las normas básicas y los archivos y registros públicos" (art. 1). Pues bien, el referido texto legislativo establece en su artículo 15 lineamientos fundamentales para la mejor comprensión de la Teoría del Organo en Venezuela, así como para superar normativamente la tendencia, presente inclusive en textos escritos, a confundir los órganos con los entes. Dichos lineamientos aparecen concebidos en los siguientes términos:

> *Art. 15." Los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa conforme a lo establecido en la Constitución y en la presente Ley.*

> *Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados y de los municipios.*
>
> *Son órganos las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan* ***funciones de efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo****."* (énfasis añadido).

Lo primero que se observa es que la parte "in fine" del dispositivo transcrito repite textual y fielmente el artículo 5.2. de la Ley Española 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, lo que por sí mismo no resulta negativo, pues la modernización de cualquier ordenamiento pasa, en un mundo globalizado, por nutrirse de otros, máxime si éstos resultan más avanzados, siempre y cuando no se trate de una extrapolación mecánica que ignore la necesidad de compatibilizar la innovación importada, con las características fundamentales, de orden histórico, doctrinario y jurisprudencial del ordenamiento receptor. En el presente caso, quizás debido a la inexistencia en Venezuela de estudios sobre esta materia, nos parece que la referida "copia" resulta beneficiosa, en virtud de que refleja el elemento básico que en el contexto del Derecho Comparado permite diferenciar dentro de las diferentes unidades administrativas, que integran una organización (Ministerio, Instituto Autónomo, Autoridad Unica de Area, etc.) aquella que reviste el carácter de órgano, sobre la base de la calificación contenida en una norma jurídica, la cual tiene que estar referida a la facultad de la unidad administrativa para expresar la voluntad de la persona jurídica de la cual forma parte, o en términos de la norma bajo examen "que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros".

En realidad estimamos que la copia del dispositivo español pudo dejarse hasta allí, suprimiendo la frase relativa al carácter "preceptivo de

la actuación", porque, en nuestro criterio, puede prestarse a confusión, ya que dicho carácter puede considerarse equivalente al deber de actuación, caso en el cual resultaría redundante, puesto que esa es una nota intrínseca de toda potestad pública, y debe suponerse que cuando realiza sus funciones, el órgano lo hace siempre en ejercicio de una potestad pública. Y si dicho carácter alude a la obligación que genera para la persona jurídica la actuación del órgano, entonces la expresión normativa sería redundante, pues estaría comprendida en la anterior (funciones que tengan efecto frente a terceros).

En suma, la nueva LOAP pone fin a la indeterminación normativa que existía en Venezuela acerca del concepto de órgano, que obligaba a realizar serios esfuerzos interpretativos en su búsqueda, sobre todo en los dispositivos de la derogada Ley Orgánica de la Administración Central. En efecto, dicho texto legislativo, pese a que en la mayoría de su articulado se refería tanto de manera general (art. 1 al 15) como específica (19 al 59) a los órganos de esa rama de la Administración, no llegaba a clarificar expresamente este aspecto tan relevante en la definición actual de órgano administrativo. Por esa razón resultaba posible, siempre atendiendo al marco teórico expuesto precedentemente, inferir dicho aspecto (expresión de la voluntad de la persona jurídica de la cual forma parte) del artículo 3, único aparte, de dicho texto legislativo, que preceptuaba "(...) Ningún órgano de la Administración Central podrá actuar si no le ha sido atribuida, de manera previa y expresa, competencia en la materia por norma constitucional o legal". En efecto, tal como aparecía concebido el esquema normativo, resultaba lógico pensar que la exigencia tan rigurosa contenida en el mismo, tributaria lógicamente del principio de legalidad, encontraba parte de su fundamentación en el hecho de que con sus actuaciones los órganos administrativos comprometen la voluntad de la República; de allí entonces la razón que permitía postular que en ese dispositivo implícitamente la ley había recogido este indicador fundamental, sobre el cual existe consenso en doctrina, y que ahora aparece recogido expresamente en el ordenamiento jurídico, del concepto de órgano administrativo.

Por otra parte, también de manera indirecta era posible derivar esa misma conclusión, pero parcialmente, del artículo 11 ejusdem, que estatuía: "La República es responsable de los daños o perjuicios causados por los actos u omisiones de la Administración Central, a los que indemnizará en sede administrativa o una vez que tal responsabilidad sea declarada por los órganos judiciales competentes...". Consideramos que parcialmente porque en principio el establecimiento de la responsabilidad civil parte de la comprobación del hecho o la omisión dañosos causados por el titular del órgano administrativo, sobre la base de la imputación del comportamiento que origina los daños o los perjuicios a la República, precisamente por provenir del aludido titular del órgano. Pero para que opere válidamente esa imputación se requiere que ese órgano esté facultado por el ordenamiento jurídico para expresar la voluntad de la República, además de detentar competencia y estar el titular investido legalmente.

De allí que también de este dispositivo normativo era posible inferir el indicador bajo examen del concepto de órgano. No obstante, como se llegaba a esa conclusión partiendo del mecanismo de la imputación, y si bien es cierto que éste opera cuando se admite que el órgano expresa frente a terceros la voluntad de la personalidad jurídica de la cual forma parte, es necesario traer a colación un principio doctrinario consagrado para salvaguardar los intereses de los administrados, que postula que cuando un agente público que no sea el titular del órgano, pero actuando en ejercicio de sus funciones, cause un daño a un ciudadano o en general a una persona, de todas maneras aunque ciertamente se produce una ruptura del mecanismo de la imputación orgánica, la persona jurídica debe indemnizar al afectado, sin poder esgrimir el argumento relativo a que el agente no está facultado para expresar la voluntad del ente, con la finalidad de desvirtuar la imputación, pues en ese caso el postulado antes aludido, impone que se transfieran al ente los efectos del comportamiento del agente que no es titular del órgano.

El referido principio que encontraba una clara recepción en el citado artículo 11 de la derogada la Ley Orgánica de la Administración Central, ahora aparece consagrado, casi en los mismos términos, en el artículo 14 de la LOAP, el cual preceptúa "La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución y la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios o funcionarias por su actuación. La Administración Pública responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento". El dispositivo transcrito pretende desarrollar el artículo 140 constitucional, que prescribe: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública". Por supuesto, que la consagración constitucional, igual que el precepto de la LOAP, a diferencia de la contenida en la derogada LOAC, que estaba restringida a los órganos de la Administración Central, se extiende a toda la Administración Pública, articulada verticalmente (República, Estados y Municipios) y horizontalmente (Central y Descentralizada en esos distintos niveles).

9.1.4.2. **En la jurisprudencia (sentencia del 8 de agosto de 2000).** Finalmente, debe destacarse que en una reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa se nota la tendencia, con algunos equívocos, a darle carácter relevante a la facultad de expresar la voluntad de la persona jurídica frente a terceros, como un elemento fundamental en la definición de los órganos. En efecto, en el mencionado fallo se expresa:

> *"En consecuencia, en su carácter de órganos del Poder Público la manifestación de voluntad necesaria* ***para expresar la voluntad del ente*** *deberá producirse conforme a las normas para la formación de dicha voluntad(...). Dado que de auto se desprende que el pretendido conflicto se ha originado en virtud de unas declaraciones emitidas por el ciudadano LUIS*

> *MIQUILENA, sin que a tales declaraciones puedan asignárse-le el valor de una* ***declaración de voluntad del órgano*** *que el citado ciudadano preside, que haya sido formada y expresada mediante los mecanismos de formación y expresión de dicha voluntad, por lo que resulta evidente que* ***las mismas no pueden atribuírsele a órgano alguno****, sino al ejercicio, por demás libre de la libertad de expresión de dicha voluntad, la cual posee el referido ciudadano, en su condición de tal (...) De forma tal, que no siendo una controversia originada en la voluntad emanada de un órgano o ente(sic), y no habiéndose producido dicha voluntad mediante los procedimientos de formación de la misma,* ***resulta evidente que tales declaraciones no pueden imputárseles al órgano****...". (Sentencia del 8 de agosto de 2000. Inspector General de Tribunales contra Presidente de la Comisión Legislativa Nacional).*

La lectura del fallo transcrito parcialmente, permite colegir por vía indirecta, subsanando los equívocos formales, que en el mismo está presente la idea básica de la definición de órgano, al señalar que está facultado para expresar la voluntad del ente frente a los terceros, es decir, de la imputación de los actos y efectos de los mismos, emanados del órgano a la correspondiente persona jurídica. En efecto, el equívoco formal radica, pese a que en la primera parte se dice claramente que expresa la voluntad del ente, en el desarrollo del fallo se afirma que la imputación está referida al propio órgano, cuando precisamente ese mecanismo aparece predeterminado normativa o conceptualmente, en el sentido del traslado de los actos y los efectos de los mismos, emanados del órgano a la persona jurídica de la cual forma parte. Superado ese error formal, resulta claro que la sentencia conceptúa al órgano como la unidad abstracta facultada por el ordenamiento jurídico para expresar la voluntad de la persona jurídica.

Pero igualmente el fallo permite poner en evidencia uno de los límites señalados por la doctrina a la imputación de los actos del titular del

órgano: el relativo a la necesidad de que el acto o la actuación emane del órgano en ejercicio de sus competencias. Ello ocurre cuando descalifica a las declaraciones del Sr. Miquilena como expresión de la voluntad del órgano, y estima que las mismas revelan un claro ejercicio de la libertad de expresión del mencionado ciudadano. Pues bien, no cabe duda que en esta reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sin que ello autorice a darle el valor de jurisprudencia, aparece recogido el elemento básico en la identificación de la noción conceptual de órgano que hemos manejado a lo largo de este Capítulo, así como también la recepción de la tesis de los límites de la imputación orgánica, que ahora aparece recogida en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

9.14.3. **En la Constitución.** La Constitución de 1999 utiliza el término órgano, acompañado de diversos adjetivos, con mucha mayor frecuencia que la de 1961, lo que origina una dispersión en el uso del término que puede dar lugar a confusiones en el momento de interpretar los preceptos en los que dicho término figura. En virtud de esa dispersión presente a lo largo del texto constitucional, hemos tratado de agrupar las diversas modalidades de utilización, sobre la base de la connotación sustantiva que revela cada una de ellas, no sin dejar de reconocer que dicho agrupamiento, como todo intento de clasificación, no puede dejar de omitir el defecto de la arbitrariedad. A continuación cada uno de los grupos:

1. **Órganos del poder público o de las ramas del poder publico** (arts. 5, 7, 19, 23, 131, 136, 137 156, num. 32, 334, 336, num. 9 y 339). 2. **órganos del Estado u órganos Estatales** (art. 5, 211, 281, num.9, 336, num. 4 y 156, num. 32). 3. **órganos del Poder Nacional** (arts. 18, 312). 4. **órganos de la Administración de Justicia o del Poder Judicial** (arts. 26, 259, 253). 5. **órganos competentes** (arts. 94, 281, num. 10). 6. **órganos mencionados en forma particularizada**: Contraloría General de la Republica (arts. 163, 289), Consejo Federal de Gobierno (arts. 185), Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), Consejo de Defensa de la Nación (art. 323); Consejo de Estado (art. 251). 7. **órga-**

nos de Gobierno Metropolitano (arts. 171, 172). 8. **órganos integrantes del Poder Ciudadano** (arts. 204, 273, 274, 276, 279). 9. **órganos legislativos** (art. 281, num. 7; d. t. 4ª). 10. **órganos Internacionales de Protección de Derechos Humanos** (art. 31) 11. **órganos de Seguridad Ciudadana** (art.. 55, 332). 12. **órganos Supranacionales** (art. 73). 13. **órganos de Protección al Niño y al Adolescente** (art. 78). 14. **órgano directo y órgano del Presidente de la República** (arts. 238 y 242). 15. **órganos del Sector Publico** (art. 289, num. 3 y 5). 16. **órganos del Poder Electoral** (art. 293, único aparte, 296) 17. **órganos adscritos a la Fuerza Armada** (art. 291). 18. **órganos Contralores de los Estados y los Municipios** (art. 289, num. 1 y 2). 19. **órganos públicos y privados** (art. 281, num. 10). 20. **"órganos de adscripción" de los funcionarios públicos** (art. 275). 21. **"los cargos" de los órganos de la administración pública** (art. 146).

De la simple lectura de los preceptos constitucionales antes identificados, a los fines de determinar la connotación conceptual del término órgano en cada uno de ellos, es posible derivar las siguientes conclusiones preliminares: Primera: La Constitución parece reflejar en la casi totalidad de los casos el concepto de órgano expuesto por la doctrina mayoritaria, y recogido recientemente en el artículo 15 de la LOAP, en virtud de que es posible inferir sin mayores dificultades que las unidades abstractas funcionales aludidas en cada uno de los esquemas constitucionales, imputan sus actuaciones y los efectos de las mismas a la persona jurídica del Estado o República.

Segunda: En esa interpretación hay que tener muy presente que la arquitectura constitucional está construida sobre la base de Poderes o ramas de los Poderes, estructurados vertical y constitucionalmente. Así a nivel vertical el Poder Público se articula en el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder de los Municipios, luego cada uno de esos Poderes se divide horizontalmente, el Nacional, en Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral, el de los Estados en Ejecutivo y Legislativo, y el Municipal en Ejecutivo y Legislativo. De tal manera que

atendiendo a esa arquitectura, los Poderes en general están integrados por órganos constitucionales y de relevancia constitucional, funcionando a su vez, en determinadas circunstancias, esos **Poderes** como especies de órganos complejos en los términos expuestos precedentemente.

Por esa razón cuando se habla por ejemplo de órganos del **Poder Ciudadano** en el mismo está comprendido fundamentalmente el Consejo Moral Republicano, pero también la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, cada uno de los cuales a su vez, atendiendo a sus competencias constitucionales, y a su autonomía funcional son órganos del Estado o República. Igual situación se presenta con el Poder Electoral, el cual está integrado por el órgano –no **ente** como incorrectamente se denomina en el artículo 292 constitucional, pues se insiste que en el nivel nacional territorial hay un solo ente: El Estado o República– rector, el Consejo Nacional Electoral, más propiamente su Directorio, y los organismos subalternos a éste, en términos del mismo artículo antes citado, esto es, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento.

De modo, pues, que la arquitectura constitucional venezolana conduce, sin sacrificar los postulados de la Teoría del Organo, a sostener que cada vez que actúa cada uno de los órganos simples que integra uno de esos Poderes (órganos complejos), esa actuación incuestionablemente debe ser imputada a la correspondiente persona jurídica, que en los casos que estamos examinando es el Estado, pero al mismo tiempo a los fines de respetar cada uno de los Poderes habrá que admitir eclécticamente que tal imputación resulta indirecta, porque primeramente opera hacia al respectivo Poder como tal. En esa línea conceptual imaginemos a titulo ilustrativo que si la Junta Electoral Nacional, en ejercicio de sus competencias exclusivas y excluyentes dicta un acto, dicho acto y sus efectos, ciertamente son imputados al Estado, pero antes esa imputación que podría denominarse formal o procedimental, es para el Poder Electoral. La misma situación se presentaría con un acto del

Consejo Moral Republicano, o la Contraloría General de la República concebida como "órgano del Poder Ciudadano".

Tercera: En definitiva todos los órganos constitucionales o de relevancia constitucional son susceptibles de ser ubicados en uno de los Poderes Públicos en que se articula el Estado, por lo tanto, todos son reconducibles en última instancia a una única categoría de órganos: **órganos del Estado u órganos Estatales**, porque en definitiva ésta es la persona jurídica, vista como sujeto de derecho internacional, o de derecho interno, a quien se trasladarán tanto los actos como los efectos de los mismos, dictados por cualquiera de esos órganos. Esta postura permite explicar expresiones literales de mucha tradición en las Constituciones de Venezuela, como la relativa a que "Los Ministros son los órganos del Presidente de la República" u "órgano directo del Presidente de la República" en el caso del Vicepresidente Ejecutivo, que tal vez desde el punto de vista sociológico revelen un sistema presidencialista acentuado, o mejor exagerado, que ha prevalecido en Venezuela desde hace bastante tiempo, al punto que los Presidentes suelen referirse a estos altos funcionarios con un adjetivo posesivo "**Mi o mis Ministros**", pero desde el punto de vista jurídico, con vista a la tesis que venimos sosteniendo, lo que quiere decir, es que son órganos del Estado, o en el mejor de los casos del órgano complejo denominado Presidencia de la República.

Cuarta: Es preciso dejar sentado que esta postura ecléctica adoptada para tratar de interpretar el término órgano en los preceptos constitucionales antes identificados, en el marco de la Teoría del Organo explicitada a lo largo de estas páginas, es válida solamente para los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, mas no para los órganos administrativos creados mediante instrumentos normativos de rango infraconstitucional, por ejemplo, la Junta Directiva de un Instituto Autónomo o el Consejo Universitario de una Universidad Pública, pues en esos casos el mecanismo de la imputación funciona directamente, es decir, en los términos ortodoxos antes expuestos. Habría que añadir que en nada modifica esta postura el hecho de que las competencias de algunos

órganos previstos en la Constitución sean de naturaleza cualitativa o preeminentemente administrativa, como ocurre con el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, y en menor grado con el Consejo de Ministros.

Quinta: Finalmente hay que aclarar que en el ordenamiento jurídico preconstitucional se acostumbraba a utilizar indistintamente los términos **órganos y organismos**, inclusive en la propia Constitución de 1999, como vimos antes, por los menos en su artículo 292, se usa **organismo** en ese mismo sentido. Por supuesto que sería preferible uniformar el lenguaje legislativo con la primera de dichas expresiones, en virtud de que guarda mayor sintonía con la denominación de la teoría que le sirve de base a la mencionada figura, pero sobre todo porque se puede prestar a confusión, con la utilización del término "organismo" en otros ordenamientos. En efecto, en ese orden de razonamiento es importante destacar que la Ley Española 6/1977, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, distingue claramente entre **órganos** administrativos (art. 5.1), que son las unidades administrativas funcionales de la Administración del Estado y los **organismos públicos**, siendo ésta la denominación genérica para los **entes de la Administración Descentralizada Funcionalmente**, tal como se desprende inequívocamente de los artículos 41, 42 y 43 que pautan art. 41 "Son **organismos públicos** los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado..."; art. 42.1. "Los Organismos públicos tienen **personalidad jurídica pública** diferenciada, patrimonio propio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, en los términos de esta Ley..."; y art. 43.1. "Los **organismos públicos** se clasifican en a) **Organismos autónomos**, b) Entidades públicas empresariales".

La transcripción de las disposiciones de la Ley Española de 1997 demuestra que en ese país el organismo público es el género de los **entes** descentralizados funcionalmente, pero que además unas de las especies de ese género también recibe la denominación de **organismo** variando únicamente el adjetivo, que en el primer caso es público, y en segundo

autónomo. Por lo tanto, existe una diferencia abismal entre el "organismo" del Derecho español y el "organismo" del Derecho venezolano, pero como notamos últimamente una tendencia a reproducir en nuestras leyes ese Derecho, como queda demostrado con sólo revisar la primera parte de la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, puede llegar a ocurrir en ese proceso, muchas veces irreflexivo, de copia de legislación extranjera, que pase a uno de nuestros textos legislativos el término "organismo" con la referida connotación conceptual que recibe en el mencionado texto legislativo.

Es necesario insistir en la necesidad de uniformar la legislación sobre la base del término órgano, porque el temor a la indicada confusión no es una aprehensión "chovinista", ni un prurito académico, pues ya en la derogada Ley Orgánica de la Administración Central se encontraba un indicio de la inclusión del término "organismo" al parecer con una connotación distinta a la de órgano. Efectivamente, el artículo 1 de ese texto legislativo prescribía en su aparte único ".... Las Administraciones Públicas Estadales, Municipales y del Distrito Federal, los entes descentralizados funcionalmente y **los organismos con régimen especial** podrán aplicar supletoriamente el presente Decreto– Ley en lo que la Constitución y sus respectivas leyes no establezcan".

Ahora bien, el término organismos con régimen especial, parecía denotar un concepto distinto al de órgano, además de que organizativamente no aparecía ni definido ni regulado en esa Ley, así como tampoco en el resto del ordenamiento jurídico. Tal vez ese dispositivo pretendía referirse a órganos como el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, pero si era a ellos y a otros de naturaleza similar creados en la nueva Constitución, debe advertirse, en primer lugar, que por razones obvias no formaban ni forman parte de la Administración Central, y en segundo lugar, que siempre tanto doctrinaria como jurisprudencialmente han sido denominados "órganos con autonomía funcional", e igualmente órganos los denomina el texto constitucional; de allí que "innovaciones" como esa, casi siempre tomadas de legislaciones extran-

jeras en forma irreflexiva originan confusiones, que deben evitarse en aras de la tutela del principio de seguridad jurídica. Igualmente el artículo 15 ejusdem utilizaba el término organismo, en el sentido antes indicado, cuando establecía el deber de los órganos de la Administración Central de informar el esquema de su organización, **"y la de los organismos adscritos",** razón por la cual cabe hacer una advertencia similar a la anterior, dado que la adscripción sólo opera de entes públicos territoriales (órganos de la Administración Central, en este caso) a entes descentralizados funcionalmente; de allí que en ese contexto la connotación de "organismo" sea equivalente a la de persona jurídica. En fin, la recomendación es procurar uniformar la terminología legislativa sobre la base del término órgano, soslayando hasta donde sea posible el uso del término "organismo", pero mientras ello ocurre, debe quedar claro que en el ordenamiento jurídico venezolano ambos vocablos tienen la misma connotación conceptual.

9.14.4. **Creación, modificación y extinción de los órganos administrativos.** Queda únicamente por examinar el asunto mencionado en el epígrafe, pero como el mismo forma parte del complejo y polémico tema de la denominada "Potestad organizativa", que será tratado en el Capítulo XI, reenviamos a los lectores al mismo, no obstante consideramos necesario señalar que en Venezuela después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución todo pareciera indicar que la creación y extinción de los órganos dejó de ser materia de reserva legal, como lo establecía la Constitución de 1961, pues de conformidad con el artículo 236, numeral 20, del vigente texto constitucional, corresponde al Presidente de la República "fijar el número, organización y competencia de los Ministerios y otros organismos de la Administración Pública, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los **principios y lineamientos fijados por la correspondiente ley Orgánica**" (énfasis añadido). Reiteramos entonces que a la luz del precepto constitucional transcrito la competencia para crear, modificar y extinguir órganos administrativos pasa al Presidente de la República, quien la ejerce mediante actos de rango sublegal. Lo que sí es cierto es que tal

modificación aparece condicionada a los lineamientos que se establezcan en la Ley, de tal suerte que el Jefe del Ejecutivo Nacional sólo podrá ejercer esa competencia ajustándose a los parámetros que fije el legislador, sobre todo los de naturaleza organizativa y presupuestaria.

En fin, es posible concluir de un somero examen únicamente del citado precepto constitucional, que la competencia para constituir, modificar y extinguir órganos administrativos es del Presidente de la República, mediante actos de rango sublegal, haciendo la salvedad de que un conjunto de órganos constitucionales y con relevancia constitucional, que también ejercen funciones administrativas, como el Consejo de Estado, la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, entre otros, tanto su diseño organizativo, como la modificación del mismo, debe hacerse mediante sendas leyes orgánicas. Insistimos en que volveremos sobre este punto en el tema relativo a la potestad organizativa, al cual reenviamos a los lectores.

Sin embargo, cabe advertir que la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada por la Asamblea Nacional en septiembre de 2001, establece en su artículo 15 el principio de que los órganos se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa conforme a lo establecido en la Constitución y en las leyes; por tanto, se trata de una norma meramente formal, ya que únicamente contiene un reenvío, es decir, sin contenido sustantivo. Y ese reenvío es fundamentalmente a las normas que en la Constitución de 1999 consagran la potestad organizativa, esto es, los artículos 156, numeral 32 y 236, numeral 20, que estudiaremos pormenorizadamente en el Cap. 11 de este libro. No obstante, reiteramos que el reenvío contenido en el dispositivo bajo examen, alude tanto a la titularidad de la potestad organizatoria, que "prima facie" aparece atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, como al procedimiento trazado normativamente para la creación, modificación o extinción de órganos (instrumento idóneo, mecanismo procedimental, etc.).

Si bien, el artículo 15 de la LOAP tiene un carácter formal en lo atinente a la titularidad de la potestad para crear, modificar o extinguir órganos administrativos, así como al correspondiente procedimiento, en cambio el artículo 16 ejudem, enumera en forma taxativa los requisitos que en forma concurrente deberá cumplir el titular de la potestad organizativa, cuando decida crear un órgano, a saber: "1 indicación de su finalidad y delimitación de sus competencias o atribuciones. 2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional o administrativa. 3. Previsión de las partidas y créditos presupuestarios para su funcionamiento...". El establecimiento de los mencionados requisitos, sin dudas, resulta una previsión positiva, destinada a poner orden en la creación de órganos administrativos en la Administración Pública venezolana, que hasta ahora se presentaba en forma desorganizada, y un tanto anárquica, pues el primer requisito impone la realización de un estudio de factibilidad en función de los intereses que deberá tutelar el nuevo órgano, que evitará sobre todo la superposición de órganos, mediante el solapamiento de competencias.

El segundo requisito impone el encuadramiento del órgano en algunas de las categorías contempladas taxativamente en el ordenamiento jurídico venezolano, por ejemplo, Comisionado Presidencial, Servicio Autónomo sin personalidad jurídica, autoridad única de área, dirección regional, etc., y además a los fines de la racionalización administrativa obliga a que todo órgano aparezca encuadrado en el marco de la estructura organizativa de cada Administración, mediante el mecanismo de la adscripción funcional o administrativa. Sin dudas que en la concepción de la norma se incurrió en una incorrección notoria, porque desde el punto de vista conceptual no es posible predicar la adscripción de un órgano a una Administración, en virtud de que esa es una fórmula organizativa exclusiva de las relaciones intersubjetivas (un Instituto autónomo de un Ministerio), siendo la incardinación de un órgano en la estructura de una Administración una expresión de una relación típicamente intraorgánica.

Por consiguiente, la interpretación de dicha norma conforme a lineamientos de los elementos de teoría de la organización conduce a sostener que ese requisito ciertamente obliga a que la creación de todo órgano esté sujeto a su necesaria ubicación en la estructura organizativa de una determinada Administración. Así, por ejemplo en un Ministerio, en un Instituto Autónomo, en la Vicepresidencia Ejecutiva, etc. Ahora bien, esa ubicación por regla general origina una dependencia orgánica y funcional del máximo órgano en el cual se ubica el nuevo, pero puede ocurrir que esa dependencia aparezca dividida, pues la orgánica puede corresponderle a un órgano y la funcional a otro, que es lo que ocurre con los órganos que se integran en los sistemas de apoyo de la Administración Central, de los cuales las Oficinas Nacionales son órganos rectores, pues de esa manera el órgano dependerá orgánicamente del Ministerio respectivo, y funcionalmente de la referida Oficina Nacional. Queda superada la confusión que perfectamente puede derivarse de la expresión "adscripción orgánica y funcional", que alude más bien a la ubicación organizativa del nuevo órgano, y a su dependencia orgánica y funcional.

El tercer requisito está relacionado con un principio de sana administración, e impone el deber al titular de la potestad organizativa de prever las partidas y créditos presupuestarios para el funcionamiento del nuevo órgano, el cual aparece estrechamente vinculado con el principio de "responsabilidad fiscal" contemplado en el artículo 17, ejusdem, que prohíbe la creación de órganos en la Administración Pública que impliquen un gasto recurrente de la Administración, pues en ese caso sólo procederá la creación de nuevos órganos, si resulta posible crear o prever nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor amplitud a la necesaria para permitir su funcionamiento. Por consiguiente, el requisito no se cumple con la previsión formal del crédito presupuestario, pues si como es lógico, la creación de un nuevo órgano exige un aumento en el gasto recurrente de la Administración, y entonces lo que en realidad debe preverse es una fuente de financiamiento que garantice el funcionamiento del órgano que se pretende crear.

Por último, la parte "in fine" del artículo 15 de la LOAP establece otra regla de sana administración, que consiste en estatuir la prohibición de creación de nuevos órganos que supongan la duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe la competencia de éstos. Sin dudas que esta disposición de cierre no es más que una reiteración en términos categóricos, del primer requisito, que obliga a la delimitación de las competencias del órgano que se pretende crear.

El mismo artículo 15, primer aparte, regula la supresión y modificación de órganos administrativos mediante el establecimiento del principio del "paralelismo de las formas", pues estatuye que tanto la supresión como la modificación deben operar mediante actos que detenten un rango normativo igual o superior al de aquellos mediante los cuales fueron creados o modificados. O sea, que si son creados mediante actos de rango sublegal, como efectivamente parece derivarse de las disposiciones constitucionales, pueden ser suprimidos o modificados mediante actos de ese mismo rango, o de rango superior (legal o constitucional).

Esta norma no deja de suscitar dudas, como lo veremos más adelante, si se considera que la Constitución confiere al Presidente de la República una competencia exclusiva y excluyente para crear los órganos de la Administración Pública Nacional (art. 236, num. 20), pues de conformidad con el aludido esquema normativo bastaría que la Asamblea Nacional sancionase una ley (rango normativo superior) para sustraerle esa competencia constitucional al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSI, RENATO. ***Principi di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1974.

CASSESE, SABINO. ***Trattato di Diritto Amministrativo Generale.*** Giuffré. Milano, 2000.

__________. ***Las Bases del Derecho Administrativo.*** Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1994.

CASETTA, ELIO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

DIEZ, MANUEL. ***Derecho Administrativo***. Tomo I. Omeba. Buenos Aires, 1963.

DROMI, JOSÉ. ***Instituciones de Derecho Administrativo.*** Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983.

FRAGA, GABINO. ***Derecho Administrativo***. Editorial Porrúa. Méjico, 1971.

FRANCHINI, CLAUDIO. ***"L' Organizzazione".*** En el Trattato di Dirittto Ammnistrativo. Tomo Primo. Giuffré. Milano, 2000.

GALATERIA LUIGI Y MASSIMO STIPO: ***Manuale di Diritto Amministrativo****.* UTET. Milano, 1993.

GIANNINI, MASSIMO: ***Derecho Administrativo***. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991.

__________: *"Organi"***.** En ***Enciclopedia del Diritto XXXI.*** Giuffré. Milano, 1981.

GUARINO, GIUSEPE. ***L' Organizzazlone Pubblica*****.** Giuffré. Milano, 1977.

LARES MARTÍNEZ, ELOY.: ***Manual de Derecho Administrativo.*** Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1990. Octava Edición.

MASSERA, ALBERTO.: ***Contributo allo Studio della Figure Giuridiche Soggettive nel Diritto Arnministrativo***. Giuffré. Milano, 1986.

MARIENHOFF, MIGUEL. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1964.

MARONGIU, G. *"Organo e Ufficio"*. En ***Enciclopedia Giuridica*** *XXII*. Istituto de la Enciclopedia Italiana Traccani. Roma, 1990.

MAZZAROLLI, L.; G. PERICU Y OTROS: ***Diritto Ammninistrativo***. Monduzzi Editore. Bologna, 1993.

MIELE, G.: ***Principii di Dirito Ammnistrativo***. Cedam. Padova, 1966.

MOREL ACUÑA, LUIS. ***Curso de Derecho Administrativo***. Tomo I. Aranzadi. Madrid, 1998.

NIGRO, MARIO. ***Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Ammnistrazione***. Giuffré. Milano, 1966.

PARADA, RAMÓN. ***Derecho Administrativo II***. Marcial Pons. Madrid, 1997.

PENAGOS, GUSTAVO. ***Curso de Derecho Administrativo.*** Tomo II. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1989.

ROMANO, A. *"Proroga e prorrogatio"* En ***Enciclopedia Giuridica XXV.*** Istituto de la Enciclopedia Italiana Traccani. Roma, 1991.

RONDÓN DE SANSÓ, H. ***Teoría General de la Actividad Administrativa***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981.

SANDULLI, ALDO. ***Manuale di Diritto Amministrativo.*** Editorial Jovene Editore. Napoli, 1974.

SANTAMARÍA, JUAN. ***Fundamentos de Derecho Administrativo.*** Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.

__________. *"La Teoría del Organo en el Derecho Administrativo"*. En ***Revista Española de Derecho Administrativo*** N° 40-41. Madrid, 1984.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Edición del Autor. Montevideo, 1963.

SCOCA, F. *"Teoría de la Organizzazione Amministrativa"*. En el libro ***Diritto Amministrativo***. Monduzzi Editore. Bologna, 1993.

TARRE, GUSTAVO. *"Teoría del Organo y Organo Representativo"*. En ***Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet.*** Tomo I. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1981.

TREVES, GIUSEPPINO. ***L' organizzazione Amministrativa***. Giuffré. Milano, 1964.

VEDEL, GEORGE. ***Derecho Administrativo.*** Aguilar. Madrid, 1980.

VIRGA, PIETRO. ***Diritto Amministrativo. I principi.*** Giuffré. Milano, 1995.

SANDULLI, ALDO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Editorial Jovene Editore. Napoli, 1974.

SANDULLI, A. "Governo e Amministrazione". En ***Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.*** Fascicolo 2. 1966. Milano, 1966.

SANTAMARÍA, JUAN. ***Fundamentos de Derecho Administrativo***. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Edición del autor. Montevideo, 1963.

SCOTTO, IGNACIO. ***Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1998.

SEPE, ONORATO. "Ministeri". En ***Enciclopedia del Diritto XXVI.*** Giuffré. Milano, 1976.

STIPO, M. "Ministero. Profili generali". En ***Enciclopedia Giuridica II***. Ist. Enc. It. Roma, 1990.

CAPÍTULO X

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. COMPETENCIA, CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN. LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN. COLEGIALIDAD

10.1. **Los principios jurídicos de la organización administrativa.** Conforme a los postulados de la denominada "Teoría de los ordenamientos jurídicos" formulada por la doctrina italiana, son elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico, la plurisubjetividad, la normación y **la organización**. Ahora bien, en el contexto de dicho marco doctrinario cabe recordar la identificación que se hace del Ordenamiento General con el Estado, y que en ese caso el último de los mencionados elementos suele denominarse "organización administrativa", la cual está constituida por el conjunto de entes y órganos que da origen a una estructura compleja, destinada a servir de soporte a la actuación administrativa, o dicho de otra manera, al cumplimiento de la función administrativa.

El referido cumplimiento no hace más que evidenciar la actuación desarrollada por los órganos y entes públicos para lograr la tutela de los intereses públicos que le son confiados por el ordenamiento jurídico, verbigracia salud, vivienda, transporte, etc., para lo cual requieren que

las piezas que forman su estructura organizativa funcionen operativa, adecuada y eficazmente. Precisamente los engranajes –en términos metafóricos– jurídicos que posibilitan el aludido funcionamiento constituyen lo que una parte de la doctrina ha denominado "los principios jurídicos de la organización administrativa", y otra, "fórmulas o figuras organizativas".

Como resulta lógico imaginar estos principios siempre han sido necesarios para explicar y posibilitar el funcionamiento de la Administración Pública, aun durante el Siglo XIX, cuando estaba caracterizada por el monolitismo y el centralismo, así como por sus dimensiones reducidas, dado que obedecía al modelo del Estado Liberal Burgués de derecho, o abstencionista. Por supuesto que en esa época eran mucho menos que ahora, y como vimos en capítulos anteriores, su importancia jurídica resultaba desestimada por la mayoría de la doctrina.

Pero desde las primeras décadas del siglo XX, y en la actualidad con mayor razón, han adquirido una trascendental importancia desde todo punto vista, sobre todo desde el jurídico. Ello ha ocurrido debido a la complejidad que ha adoptado la Administración, derivada de la necesidad de atender múltiples cometidos estatales, así como del predominio de los principios de descentralización territorial y funcional, lo que ha originado Administraciones plurales y poliestructurales (complejidad), cuyas mejores expresiones son las múltiples figuras subjetivas que la integran, las cuales a su vez se desagregan en innumerables órganos, tanto simples como complejos. Sin la conceptualización jurídica de los mencionados principios no sería posible un discurso sobre la Administración Pública concebida como la organización compleja o complejísima al servicio de la comunidad, y mucho menos lograr su buen funcionamiento.

En efecto, basta imaginarse el caso de la Administración Pública venezolana en sentido vertical: Nacional, Estadal y Municipal, y en sentido horizontal: central y descentralizada, sin contar los denominados órganos con autonomía funcional, para sin ningún esfuerzo interpreta-

tivo percatarse de la importancia reclamada por la doctrina para estos principios, algunos de los cuales trascienden la esfera meramente interna de la organización para vincularse estrechamente con el ejercicio de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Así por ejemplo, esclarecer la posición de un órgano en el marco de esa macroorganización resulta vital tanto para determinar la legitimidad, como para valorar el mérito de sus actos, pues permitirá determinar si esos actos provienen de un una Administración Nacional, estadal o municipal, de un órgano **central desconcentrado** o de un ente **descentralizado**, si fueron dictados en ejercicio de sus **competencias o atribuciones**, si fueron emanados mediante **delegación de funciones** o de **firmas;** si jugó un papel relevante la **jerarquía o la coordinación**, si el órgano era individual o **colegiado**, el grado de **autonomía** o de **control** a que estuvo sometido el órgano en el procedimiento constitutivo; si pudo **avocarse** o no al conocimiento del asunto, y así sucesivamente.

Por supuesto, que la identificación de un acto en los términos antes expuestos, bien por parte de la Administración para determinar si su emanación se ajusta a los parámetros legales que regulan dichas figuras, o de los administrados afectados por el mismo, para tomar una decisión de conformidad o inconformidad con el mismo, que sustantivamente equivale a la adopción de una posición jurídica sobre su procedencia, implica un procedimiento intelectivo que únicamente se puede realizar si se manejan las categorías conceptuales que informan a cada una de estas fórmulas organizativas, de tal suerte que cuando aparecen "normas organizativas" es posible determinar cómo operan en los correspondientes supuestos de hecho los mencionados lineamientos conceptuales. Y aquí es necesario hacer una precisión: es cierto que fórmulas organizativas como descentralización, coordinación, autonomía, jerarquía, son utilizadas corrientemente por disciplinas como la Sociología, la Politología, la Economía, etc, las cuales pueden llegar a imprimirles modificaciones tendientes a inscribirlas en la perspectiva de sus respectivos objetos de estudio, pero es lo cierto que todas esas disciplinas a los efectos de producir las mencionadas modificaciones, parten de la connotación conceptual elaborada por la doctrina jurídica.

Luego, resulta concluyente que corresponde al abogado o al jurista comprender y explicar en el marco de la teoría de la organización, en primer lugar, la procedencia del uso de estos principios jurídicos por parte de las figuras subjetivas y los órganos que integran la Administración, en segundo lugar, teniendo los lineamientos teóricos que condicionan la procedencia de ese uso, orientar o reorientar la adopción de decisiones por parte de esos órganos administrativos, cuando pretenden basarse en dichas figuras, y en tercer lugar, para defender a los administrados que sean afectados por la actividad administrativa, que resulte del uso incorrecto de las mencionadas fórmulas organizativas.

Ahora bien, la doctrina en el curso del proceso de análisis de las fórmulas organizativas, a los efectos de construir ciertos principios para cada una de ellas, constitutivos de su marco teórico, ha tratado de agruparlas atendiendo a diversos criterios. Así, por ejemplo algunos autores (CERULLI, 1997) señalan que todas son reconducibles a dos modelos de relaciones organizativas, a saber: las basadas en la sujeción-subordinación, cuya expresión emblemática es la **jerarquía**, y la equiordenación, cuya expresión es la **coordinación.** Otros autores (ORTEGA ÁLVAREZ, 1992) recurren a criterios de ordenación más convencionales, a saber: las fórmulas organizativas que resaltan el reparto de competencias (descentralización, desconcentración, delegación, etc), y las que resaltan la unificación de las competencias (jerarquía, avocación, sustitución, etc). Nosotros seguiremos el orden que aparece en el Programa de la asignatura, en el entendido que parte de la figura básica de la competencia.

Queda únicamente por señalar que estas fórmulas organizativas dada la complejidad y el concepto unitario y global de Administración Pública, pueden configurarse entre órganos de una misma persona jurídica o de un órgano complejo, o entre órganos de personas jurídicas diferentes, razón por la cual puede decirse que las primeras tienen naturaleza interorgánica, que dicho sea de paso, constituyen la gran mayoría, y las segundas naturaleza intersubjetiva, que son la minoría. A continuación

pasamos a examinar el régimen jurídico de cada una de las aludidas fórmulas organizativas:

10.2. **La competencia.** En realidad resulta difícil tratar de ubicar con precisión el origen histórico de esta fórmula organizativa, no obstante pareciera razonable colocar ese origen en el advenimiento del Estado de Derecho, es decir, cuando desaparece el Estado Absoluto, y en consecuencia se impone la vigencia del principio de la separación de poderes, lo que conduce a que las funciones estatales fundamentales (legislación, administración y justicia), que antes estaban concentradas en el monarca, pasen a ser ejercidas por órganos diferentes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), configurándose de esa manera un reparto competencial, que luego se va a manifestar en el ámbito interno de cada uno de esos poderes, especialmente en el Ejecutivo (Administración). Es a partir de ese reparto cuando puede empezarse a hablar aunque sea empíricamente de competencia, en virtud de que anteriormente carecía de sentido, puesto que todas las funciones del Estado estaban concentradas, como ya dijimos, en la persona del monarca.

Actualmente la competencia si no es la más importante, es una de las más importantes de las fórmulas organizativas, y ha sido objeto de múltiples definiciones, todas coincidentes en lo sustantivo. Así GASPARRI (1964) afirma que es " la medida de las potestades de actuación que se atribuyen a cada órgano" , VIRGA (1995) "la esfera de potestad administrativa atribuida por la Ley a cada órgano de un ente" ; PARADA (1997) "conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano y que unos y otros están obligados a ejercer", y BREWER (1978) "conjunto de facultades, poderes y atribuciones que le han sido asignadas legalmente –a los órganos de la Administración– para actuar en sus relaciones con otros órganos".

Como se observa todas las definiciones anteriores están estrechamente vinculadas con el concepto de órgano precedentemente estudiado, pues la competencia, visto el órgano desde una perspectiva estructural,

no es más que la parte objetiva del mismo, sobre la cual se fundamenta la actuación de su titular (parte subjetiva), e igualmente los autores que las sustentan coinciden en identificar como el elemento vertebrador de la definición de competencia al "quantum" o a la esfera de potestad pública que la ley asigna a cada órgano administrativo; de modo, pues, que desde el punto de vista operacional la determinación de la competencia administrativa supone, en primer lugar, establecer si a un órgano se le ha asignado determinada potestad administrativa, y en segundo lugar, en qué medida o cuál es el "quantum" de esa asignación.

Ahora bien, las anteriores definiciones, pese a que resultan conceptualmente correctas, según SANTAMARÍA PASTOR (1991), actualmente pueden considerarse incompletas, porque son aplicables únicamente a los órganos administrativos, cuando el lenguaje jurídico corriente utiliza igualmente este concepto en el caso de los entes públicos. Esta tesis además de tener una recepción en la mayoría de los derechos positivos, encuentra, en nuestro criterio, su fundamentación en la estructura de la Administración Pública, pues como expusimos en el capítulo anterior, dicha Administración aparece organizada a dos niveles: el primero constituido por los entes públicos y estatales, y el segundo por los órganos en que se desagregan los aludidos entes. Por razones lógicas, el proceso normativo de asignación de competencias, opera en primer lugar hacia los entes públicos (primer nivel), y en segundo lugar se produce la desagregación de esas competencias en los órganos de esos entes (segundo nivel).

El procedimiento descrito se observa mejor con el siguiente ejemplo: el artículo 1º de la Ley del Banco Central de Venezuela de 1992 señala los intereses que debe tutelar dicho ente público, así como las potestades que se le confieren para lograrlo, pero los artículos 21, 23 y 34, delimitan la medida o "quantum" de esas potestades en el Directorio, en el Consejo Asesor y en el Presidente del Banco. De modo, pues, que la tesis de Santamaría no sólo es la expresión de una práctica, sino que obedece a un criterio jurídico. Por lo demás la tesis bajo examen encuen-

tra aplicación en el ordenamiento jurídico venezolano en los artículos 178 de la Constitución de 1999, en lo atinente a los Municipios ("Son de la **competencia** del Municipio"), 164 en lo relativo a los Estados ("Es de la **competencia** exclusiva de los Estados"), y 156 en lo concerniente al Poder Nacional ("Es de la **competencia** del Poder Público Nacional"). Igualmente dicha formulación aparece regularmente en los textos legislativos que crean entes descentralizados funcionalmente. Queda pues demostrado que el concepto de competencia se puede predicar tanto de órganos como de entes, pero en definitiva son los órganos de los entes, los encargados de actuar dichas competencias, pues, a ello conduce el proceso natural de desagregación de competencias anteriormente descrito. Ante esta realidad presente en nuestro Ordenamiento Jurídico, se impone extender el concepto de competencia también a los entes públicos.

Pese a la indudable pertinencia de la mencionada tesis, cabe recordar que GIANNINI (1991) diferencia entre atribución y competencia, señalando que la primera es "una noción de contenido verdaderamente amplio, y **delimita el ámbito de los intereses públicos confiados a las figuras subjetivas más importantes**. Así son atribuciones de los Municipios el urbanismo, el estado civil...". En cambio, la segunda sería la medida del ejercicio de la atribución; por tanto, se refiere a los órganos, "de lo que se sigue que las grandes ramas de la administración tienen atribuciones en su conjunto y cada uno de los órganos que la componen tienen su propia competencia". Como se observa el citado autor es partidario de la tesis que vincula el concepto de competencia únicamente a los órganos administrativos, reservando el término **atribución** para referirse a la competencia de conjunto de las grandes ramas de la Administración Pública, razón por la cual es dable pensar que también se extendería a la de los entes públicos.

De otra parte, es necesario reconocer que en algunos instrumentos normativos venezolanos se utiliza el término atribuciones, pero tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, el mismo es considerado como

sinónimo de competencia, lo que apunta desde el punto de vista práctico hacia la tesis Española, esto es, vincular el concepto de competencia tanto a los órganos administrativos, como a los propios entes públicos, en virtud de que ésta es concebida como una parte de la potestad pública, que representaría en esa relación el todo. Pero igualmente a los solos fines de uniformar la técnica legislativa, sería conveniente pensar en dar el nombre de atribuciones, siguiendo a Giannini, a las competencias de los entes públicos, así como a la de los órganos administrativos complejos (Ministerios), y el de competencia a la de los restantes órganos administrativos en general, incluyendo la de los órganos simples, sin que la adopción de tal fórmula desnaturalice el concepto antes expuesto, es decir, la competencia entendida como medida de la potestad pública que se atribuye a un ente o a un órgano administrativo, y por ende, la equivalencia entre competencia y atribución.

10.2.1. **La potestad, concepto sobre el cual se fundamenta el de competencia.** En el debate sobre las situaciones de poder, correspondió a SANTI ROMANO, en su obra Corso di Diritto Costituzionale, publicada en 1926, perfilar el concepto de potestad, el cual ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina, y a su vez ha permitido explicar la razón por la cual las actuaciones del Estado y demás entes públicos pueden limitar la libertad de los ciudadanos, siempre que las mismas estén en función del interés general. Tal como lo postuló Romano la potestad es una situación de poder que resulta conceptualmente igual en el campo del Derecho Público y en el del Derecho Privado, pero a pesar de dicha identificación, como bien lo explica GIANNINI (1991), existe una clara diferencia entre la potestad de Derecho Privado y la potestad de Derecho Público, pues en la primera " ...el titular de la potestad sustituye al titular del interés, en la segunda no se configura dicha sustitución: las colectividades y los grupos son los portadores sustanciales de sus intereses, sin embargo no son sus titulares jurídicos, porque no son, como tales, figuras subjetivas. Son en cambio las figuras subjetivas centros de imputación de los intereses públicos y colectivos los titulares formales de esos mismos intereses. Por consiguiente, las potestades públicas son siempre

potestades de origen legal y derivan de la necesidad de formalizar los centros de imputación de intereses públicos, los cuales de otra manera se mantendrían en un ámbito puramente sociológico".

Esta tesis permite explicar, por ejemplo, la razón por la cual la potestad expropiatoria, no puede ser ejercida por una determinada colectividad de agricultores que tiene el interés de la construcción de un puente, o de una carretera para el transporte de sus productos a los centros de consumo, para cuya construcción requiere la afectación de un fundo privado. Pero como la tutela de esos intereses públicos ha sido atribuida a un ente u órgano público, llámese Ministerio de Infraestructura o Instituto Agrario Nacional, éste se convierte por dicha atribución –siempre legal–, en el titular de los intereses de la colectividad de agricultores, y en definitiva de intereses públicos, motivo por el cual está legitimado para ejercer la potestad expropiatoria sobre el fundo privado.

Como se ha visto, el concepto de potestad pública está estrechamente vinculado a la tesis que considera al Estado y a los demás entes públicos como centros de imputación de intereses generales o colectivos, lo que en criterio de SANTAMARÍA (1991) es lo que permite que la actuación de la potestad justifique la imposición, de manera unilateral, de conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, o mediante la modificación del estado de cosas existentes.

Ahora bien, en los párrafos precedentes ha quedado demostrado que en la base de la definición de competencia aparece necesariamente el concepto de **potestad**, por lo que desde el punto de vista didáctico y lógico resulta esencial intentar primero dar una definición operacional de dicho concepto, y en tal sentido es menester indicar que la doctrina española ha realizado un trabajo modelo, pues teniendo en cuenta que la potestad y el derecho subjetivo constituyen especies del género denominado poder jurídico, elaboró una definición de potestad, sobre la base de su confrontación con la de derecho subjetivo, que pasamos a exponer su-

cintamente, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), a SANTAMARÍA (1998) y a GARRIDO FALLA (1993), tomando como elementos de confrontación los siguientes indicadores:

a) Origen: El derecho subjetivo nace normalmente de una relación jurídica concreta, por ejemplo la derivada de un contrato de arrendamiento o de venta, pero también puede, excepcionalmente, surgir de una norma, como en el caso de los derechos humanos y garantías consagrados en la Constitución, e inclusive, puede resultar del ejercicio de una potestad. En cambio, la potestad siempre tiene su origen en el ordenamiento jurídico, es decir, en una norma legal que la atribuye a su titular. Así por ejemplo, la potestad reglamentaria contemplada en el artículo 236 numeral 10, de la Constitución; b) objeto y contenido: El derecho subjetivo recae sobre un objeto específico y determinado, y su contenido se traduce en una conducta también específica y determinada, exigible a uno o a varios sujetos pasivos. Por ejemplo, el pago del canon arrendaticio por el arrendatario. La potestad no recae sobre ningún objeto específico, sino más bien sobre uno genérico, o sea, un ámbito de actuación, no determinable previamente, cuyo contenido consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos a uno o a varios sujetos. Por ejemplo, la potestad de imponer sanciones administrativas a cualquier particular:

c) Estructura: Frente al derecho subjetivo existe un término correlativo que viene dado por una obligación o deber de comportamiento de una o varias personas. En otras palabras, frente al acreedor habrá un deudor que deberá cumplir una conducta activa u omisiva a favor del primero. Ejemplo, el comprador que debe pagar el precio al vendedor. En cambio, frente a la potestad no se configura ningún deber u obligación, sino como lo denomina la doctrina un estado de **sujeción**, esto es, en términos de SANTAMARÍA (1998) "...Un deber pasivo de soportar en la propia esfera jurídica el ejercicio legítimo de la potestad", o en términos de GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) "un sometimiento de otros sujetos (normalmente un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa

sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio) o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen; sería la sujeción strictus sensu o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica)". En fin, lo que queda claro, conforme a la exposición anterior, es que de la potestad no emanan obligaciones ni deberes concretos, los cuales podrán surgir de la relación jurídica que se origina con el ejercicio de la potestad. Por ejemplo, frente a la potestad expropiatoria en abstracto no existe ninguna obligación, pero en cambio una vez emanado el decreto expropiatorio pueden surgir obligaciones para el expropiado, como son la ocupación previa, la ocupación temporal, y en definitiva la obligación de vender el bien expropiado.

d) Fin: El derecho subjetivo apunta hacia la satisfacción del interés de su titular, razón por la cual su contenido es modificable por dicho titular, pudiendo inclusive renunciar al mismo. Por ejemplo, el arrendador que condona las pensiones arrendaticias atrasadas. La potestad que también es una situación subjetiva de poder, se caracteriza porque el beneficiario de dicho poder es una persona distinta a su titular, al cual se le confiere, en el caso de las potestades administrativas, para la tutela del interés general, o de la colectividad. Se trata, en términos de la doctrina española de un "poder fiduciario". Por esa razón las potestades públicas son irrenunciables, y su contenido, en virtud de que es fijado en la Ley, inmodificable por la sola voluntad de su titular; e) transmisibilidad: el derecho subjetivo por definición es transferible, con excepción de los de carácter personalísimo; en cambio, la potestad, por resultar de una atribución de la Ley, es intransferible por la voluntad de su titular, salvo las excepciones relativas a la delegación de funciones y otras figuras organizativas, que examinaremos más adelante. Por otro lado, en términos generales se puede afirmar que el derecho subjetivo es susceptible de prescripción adquisitiva y extintiva, y la potestad no es susceptible de adquisición mediante prescripción, ni tampoco de extinguirse mediante esa figura.

Evidentemente que la confrontación entre derecho subjetivo y potestad que hace la doctrina española, constituye un modelo didáctico para entender un concepto clave en el derecho público, como lo es el de potestad, pues nos dice que es una situación de poder con un objeto y contenido genérico, que carece de un correlato obligacional, dando lugar a un estado pasivo de sujeción, cuyo origen se encuentra exclusivamente en una norma jurídica (atribución normativa), razón por la cual resulta irrenunciable, inmodificable, intransferible e imprescriptible. Pero al mismo tiempo nos permite comprender operacionalmente el concepto de **competencia**, pues como se sostuvo precedentemente, esta fórmula organizativa, no es más que el "quantum", cantidad o medida de potestad que la Ley le atribuye a cada órgano administrativo o ente público, lo que quiere decir que la competencia es la misma potestad expresada en términos cuantitativos, razón por la cual, como resulta lógico, por lo demás, tiene las mismas notas que caracterizan al todo (la potestad).

10.2.2. **El Régimen Jurídico de la competencia en Venezuela. (Examen de los dispositivos correspondientes de la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en septiembre de 2001).** En realidad en Venezuela hasta la reforma mediante el decreto ley de 1999 de la Ley Orgánica de la Administración Central, cuya "última versión" es del 14 de diciembre de 1999, la regulación normativa de esta fórmula organizativa era absolutamente insuficiente, pues estaba limitada a la parcialísima enunciación contenida en el esquema normativo contenido –en cinco líneas– en el artículo 20, numeral 25, de la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, referida exclusivamente a la delegación de competencias y de firmas. En la mencionada reforma, pese a que está bien distante de haberse establecido una disciplina medianamente completa, aparecen consagrados algunos principios fundamentales, los cuales en términos generales se repiten en la novísima Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), que armonizados con el Derecho Comparado, y algunos –muy pocos– criterios doctrinales y jurisprudenciales nacionales, nos permitirán intentar delinear el mencionado régimen.

Claro está que en ese delineamiento partiremos del precepto constitucional que establece el **principio de legalidad** ya estudiado (art. 137), pues no hay que olvidar que la competencia constituye la expresión de una potestad pública, y que la atribución de ésta, como lo vimos anteriormente, constituye el mecanismo que permite tornar operativo el referido principio, de lo que se infiere el postulado casi axiomático relativo a que **la competencia es de estricto derecho**, del cual a su vez se derivan los siguientes principios jurídicos atinentes a esta fórmula organizativa:

10.2.2.1. **Improrrogabilidad e irrenunciabilidad de la competencia.** En virtud de que la competencia es asignada al órgano o ente mediante una norma jurídica, ni éste ni los particulares pueden transferirla ni prorrogarla, salvo las excepciones en lo atinente a su ejercicio, que estudiaremos más adelante. Tampoco el titular del órgano puede renunciar a su ejercicio, en virtud de que la asignación de la competencia tiene como finalidad esencial la tutela del interés público, de modo pues que de admitirse que tiene facultad para renunciar a ella quedaría sin protección el aludido interés. En este mismo orden de razonamiento, debe rechazarse su prórroga, porque en primer lugar comportaría una evidente infracción a la norma atributiva, en segundo lugar, porque el órgano que la tenía asignada legalmente y la transfirió habría actuado sin competencia, y en tercer lugar el órgano a quien se le transfiere, igualmente actuaría al margen de la Ley, puesto que ejercería una competencia que no le ha sido asignada conforme a lo previsto en el Ordenamiento Jurídico. Por supuesto, que los actos de renuncia o de prórroga de competencia estarán viciados de nulidad, e igualmente detentarán esa condición los actos dictados por el órgano a quien se le prorrogó dicha competencia.

10.2.2.2. **Obligatoriedad de la competencia.** Esta es una consecuencia del postulado anterior, pues al ser conceptuada como improrrogable e irrenunciable, el órgano a quien se atribuye está obligado a ejercerla, so pena de incurrir en una infracción legal. Claro está que dicha cualidad no se extiende a los casos en que el correspondiente instrumen-

to normativo la atribuye en forma facultativa. En definitiva, la improrrogabilidad, la irrenunciabilidad y la obligatoriedad de la competencia derivan esencialmente de que su asignación o atribución constituye una decisión normativa, que el órgano a quien se le atribuye, ni los particulares, ni éstos concertados con la Administración, pueden modificar o derogar.

Cabe subrayar que la LOAP repite casi textualmente en su artículo 26, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Central derogada, el cual al obedecer al marco teórico que en el Derecho Comparado sirve de sustrato a esta fórmula organizativa, recoge todos estos principios, en virtud de que preceptúa:

> *"Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de* ***obligatorio cumplimiento****, y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será* ***irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna****, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos dictados de conformidad con la Ley.*
>
> *Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes"* (énfasis añadido).

10.2.2.3. **La competencia es la excepción y la incompetencia la regla (competencias explícitas).** Consideramos útil desde el punto de vista didáctico, recordar quizás inclusive como pauta nemotécnica –como lo sostiene una parte de la doctrina– que **la competencia es la excepción y la incompetencia la regla**, derivada de la contraposición al principio de derecho privado que postula que "la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción" . Por supuesto que tal pauta obedece al postulado relativo a que la competencia es de derecho estricto, y en consecuencia, siempre debe estar prevista en una norma expresa del ordenamiento. Di-

cho de otra manera, toda competencia tiene que estar expresamente consagrada en una norma jurídica, ya que la falta de consagración equivale a inexistencia; de allí la fundamentación de la proposición contenida en el epígrafe, la cual además encuentra su base de sustentación en el artículo 137 constitucional consagratorio del principio de legalidad, el cual a su vez se encuentra desarrollado en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP).

Pero la regla de la competencia expresa y explícita admite, en criterio de algunos autores, excepciones. Así por ejemplo, MARIENHOFF (1964) sostiene: "En síntesis: en cada caso particular para saber si un órgano administrativo tiene o no competencia para realizar un acto, el intérprete deberá atenerse, en primer lugar, al texto de la norma pertinente; si la competencia no surge en forma concreta de la letra misma de la norma, debe entonces confrontarse dicha letra con el acto mismo a realizar, a efectos de establecer si la competencia para llevar a cabo éste se desprende o no como una consecuencia lógica del texto de la norma y de la índole de la actividad principal del órgano o ente".

La doctrina española participa de una tesis similar a la postulada por MARIENHOFF, bajo la denominación de "potestades implícitas o inherentes", mediante la cual se explica que pese a no estar expresamente contenida en una norma es posible deducir la competencia acudiendo a la interpretación sistemática o finalista. Al respecto SANTAMARÍA (1991) para ilustrar mejor su postura acude al siguiente ejemplo: si una norma atribuye a la Administración la potestad de vigilar la calidad de los vertidos industriales a los cauces públicos, ha de estimarse que también le atribuye –aunque no lo diga– la potestad de instalar instrumentos de medida y desagües de las respectivas fábricas.

Si bien es cierto que la doctrina de las "potestades o competencias implícitas", tiene adversarios que la niegan por considerar que en el ámbito del Derecho Administrativo sin una regla de derecho que la regule no resulta posible predicar la competencia de un órgano o ente, en nuestro cri-

terio, por el fuerte arraigo lógico que posee la aludida tesis, derivado de la naturaleza misma de la hermenéutica jurídica, no resulta totalmente desestimable. Sin embargo, su aplicación tiene que ser muy restrictiva, porque de lo contrario puede dar origen a que la Administración cree facultades que atenten contra los derechos de los administrados, desnaturalizando de esa manera "oblicua" el principio de la legalidad de la competencia.

En lo atinente al mismo tema de las "competencias implícitas", pero vinculado a un problema práctico relativo a la situación que se presenta cuando un dispositivo legal atribuye la competencia a un órgano para dictar un acto, pero no señala quien es el facultado para modificarlo o revocarlo, DE LABAUDERE (1976) sostiene: "...Una de las reglas escritas más importantes reconocida por la jurisprudencia, es la del paralelismo de las competencias, según la cual si un texto determina cuál es la autoridad competente para dictar un acto pero no dice cuál es la que puede modificarlo o suprimirlo, esta última competencia corresponde a la misma autoridad". Es preciso aclarar que en Venezuela, pese a no existir una regla en ese sentido, la tesis del citado autor francés pareciera no admitir discusión, y pudiera ser aplicada perfectamente, salvo que se trate actos de efectos particulares que originen derechos subjetivos o intereses legítimos, en virtud de que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (en lo adelante LOPA), en su artículo 82, por interpretación a contrario, prohíbe la revocatoria de este tipo de actos. No obstante, la referida prohibición obedece a otros motivos, razón por la cual no desvirtúa el principio del paralelismo de las competencias.

Por razones didácticas, estimamos conveniente señalar que todo lo anteriormente expuesto sobre la existencia de las competencias implícitas o inherentes con relación a Venezuela, resultaba bastante discutible bajo la vigencia , de la Ley Orgánica de la Administración Central reformada en el año 1999, en virtud de que su citado artículo 3 prescribía:

> *"La Administración Pública se organizará y actuará de conformidad con el **principio de legalidad**, por el cual la asigna-*

ción, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta al mandato de la Constitución de la República y las leyes.

Ningún órgano de la Administración Central podrá actuar si no le ha sido atribuida , ***de manera previa y expresa****, competencia en la materia por norma constitucional o legal"* (énfasis añadido).

En efecto, la sola lectura del dispositivo transcrito evidenciaba la necesidad de discutir la procedencia de la tesis sobre las "competencias implícitas", en virtud de que dicho dispositivo al recoger la tesis doctrinaria de la "vinculación positiva" para fundamentar el principio de legalidad, la cual como vimos en el capítulo VII del Tomo I, se encuentra actualmente cuestionada en muchos ordenamientos, excluía categóricamente toda posibilidad de predicar la existencia de competencias implícitas o inherentes en Venezuela, al condicionar toda actuación de los órganos administrativos a la atribución previa y expresa de la correspondiente competencia. Sin embargo, debemos señalar que la LOAP al igual que la LOAC derogada consagró el principio de legalidad administrativa en su artículo 4, pero se cuidó de suprimir totalmente el dispositivo que condicionaba la validez de la actuación de los órganos administrativos a la asignación **previa y expresa de la competencia** que sirviera de base a esa actuación, razón por la cual ahora es posible predicar que la Administración está facultada para invocar competencias implícitas o inherentes como fundamento de sus actos.

Por supuesto que la determinación de este tipo de competencias, acudiendo a la metodología de la interpretación sistemática y teleológica, debe resultar de un impecable e incuestionable proceso de razonamiento lógico, dada la vigencia del principio de legalidad administrativa, el cual, como resultaba lógico, fue mantenido en la LOAP, de tal manera que la mencionada determinación funcione como una verdadera excepción al aludido principio. También juega a favor de la tesis que postula la posibilidad de identificar competencias implícitas o inherentes de la Ad-

ministración, por supuesto que excepcionalmente, la disposición contenida en el artículo 156, numeral 33, de la Constitución de 1999, que consagra las **competencias implícitas o inherentes** del Poder Nacional, cuando le asigna "Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o **que le corresponda por su índole o naturaleza**" (énfasis añadido).

10.2.2.4. **Examen de los dispositivos de la LOAP que regulan los principios generales sobre la competencia.** Ya aludimos sucintamente a uno de los dispositivos que regulan los principios generales que permiten caracterizar a la competencia, pasamos ahora a examinarlos conjuntamente. Esos dispositivos prescriben:

> *Art. 26. "Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.*
>
> *Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpada por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán como inexistentes".*
>
> *Art. 27. "En el caso que una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a la Administración Pública, sin especificar el órgano o ente que debe ejercerla, se entenderá que corresponde al órgano de la Administración Central con competencia en razón de la materia. De existir un ente competente en razón de la materia le corresponderá a éste, el ejercicio de dicha competencia.*

> *En el caso que una disposición legal o administrativa otorgue una competencia a un órgano o ente de la Administración Pública sin determinar la unidad administrativa competente, se entenderá que su ejercicio corresponde a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio, del segundo nivel jerárquico del respectivo órgano o ente".*

El artículo 26 en su encabezamiento, como ya señalamos, repite casi textualmente el 4 de la Ley Orgánica de la Administración Central derogada, razón por la cual resultan válidos todos los razonamientos que sirven de base al punto 10.2.2. relativo al "régimen jurídico de la competencia en Venezuela", especialmente las características de improrrogabilidad, obligatoriedad e irrenunciabilidad de la competencia, así como su carácter de derecho de estricto, y la vigencia de la regla nemotécnica que postula que la "competencia es la excepción y la incompetencia la regla".

El aparte único del artículo bajo examen consagra, por una parte, la regla de la nulidad de los actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes, con la particularidad de que a diferencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y del principio que rige en el Derecho Comparado, no llega a calificar formalmente a esos actos como de nulidad absoluta, pero sustantivamente sí lo hace cuando especifica que "**sus efectos se tendrán por inexistentes**", de tal manera que armoniza con el artículo 19, numeral 4, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que tipifica esa situación como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos. Iguales consecuencias le atribuye al vicio de usurpación de autoridad, tipificado también en el artículo 138 constitucional, o sea, la nulidad absoluta del acto afectado por el referido vicio.

El artículo 27 trae una previsión destinada a disciplinar casos excepcionales, porque la regla elemental y básica en la operacionalización del principio de legalidad administrativa (desagregación de potestades), es que cada potestad o competencia sea expresamente asignada o reasig-

nada a un órgano administrativo o a un ente público. En efecto, se trata de que debido a la omisión del legislador no se llegue a dar cumplimiento a esa regla básica en materia de competencia, es decir, que no se especifique el **órgano o ente** que debe ejercerla, y dado que el ámbito subjetivo de aplicación del texto legislativo comprende tanto a la Administración Central, como a la Descentralizada funcionalmente, se establece como regla general que corresponderá el ejercicio de esa atribución, al órgano de esa rama que tenga competencia por la materia, siempre y cuando no exista un ente de la Administración Descentralizada competente por la materia. O sea, que le da primacía en caso de competencia atribuida genéricamente a la Administración, a los entes de la Administración Descentralizada, sobre los órganos de la Administración Central. En estos casos excepcionales la norma luce acertada, puesto que los entes descentralizados se crean para atender esferas competenciales específicas; luego, si una materia es atribuida en forma genérica a la Administración Pública, lo lógico es que entre en la esfera de competencia del ente creado especialmente para atender dicha materia, pues debe suponerse que será más eficiente que un órgano que tenga atribuidas múltiples competencias.

El aparte único de ese mismo artículo contempla el caso de la competencia otorgada al órgano complejo o al ente, es decir a una administración determinada Ministerio, Instituto Autónomo, etc., pero sin especificar la unidad administrativa, o mejor el órgano de esa Administración. Pues bien, en esa hipótesis, también excepcional, la competencia corresponderá ejercerla a la unidad administrativa competente por la materia y el territorio, del **segundo nivel jerárquico** del respectivo órgano o ente. Sin dudas que la solución legal resulta también arbitraria, pues cabría preguntarse cuál es la razón para que no se considere asignada al máximo órgano, o al de tercer nivel, por ejemplo.

10.2.3. **Excepciones al principio de la improrrogabilidad de la competencia.** Como expusimos precedentemente la asignación normativa de la competencia, y el hecho de que ésta no sea más que el " quantum" o medida de una potestad pública, la cual aparece concebida

conceptualmente por el ordenamiento para la tutela de intereses públicos, conduce a la formulación de la regla que postula la improrrogabilidad o indelegabilidad de la competencia, por voluntad de la propia Administración, o por acuerdo con los particulares. No obstante, precisamente como el fin último del ejercicio de las competencias administrativas, apunta hacia la satisfacción de necesidades de la comunidad, y ello requiere optimizar el funcionamiento de la Administración, el Ordenamiento Jurídico se ha encargado de arbitrar mecanismos jurídicos excepcionales que funcionan armónicamente con la referida regla de la improrrogabilidad. Para ello ha creado un conjunto de figuras, condicionando su procedencia al riguroso cumplimiento de una serie de requisitos, mediante las cuales en determinadas circunstancias resulta posible prorrogar la competencia, por actos emanados de autoridades administrativas, sin necesidad de acudir a la "reasignación normativa", pues ello supone la previa modificación de los respectivos instrumentos normativos, que pueden ser de diferentes rangos, con las consiguientes dificultades y retardos. A continuación pasamos a estudiar las figuras más importantes:

10.2.3.1. **Delegación de funciones o atribuciones (delegación interorgánica en términos de la LOAP).**

10.2.3.1.1. **Definición y antecedentes históricos.** Esta figura opera cuando un órgano superior mediante un acto unilateral, de carácter temporal, basado en una disposición expresa de la ley, transfiere el ejercicio de competencias que le han sido asignadas previamente por un instrumento normativo, generalmente de rango legal, a un órgano inferior de la misma persona jurídica. Conviene advertir que en Venezuela hasta el año 1976, cuando se promulga la primera Ley Orgánica de la Administración Central dicha figura resultaba inexistente; por lo tanto, todos los órganos administrativos carecían de facultades para delegar las funciones que les asignaba la Ley. A partir de ese año, el mencionado texto legal disciplina en un esquema normativo de apenas cinco líneas (art. 20, num. 25), tanto a la delegación de competencia, como a la denominada "delegación de

firma", y en idénticos términos se mantuvo en las sucesivas reformas parciales que sufrió esa ley, hasta el decreto ley del año 1999, mediante el cual fue reformada la Ley Orgánica de la Administración Central, y ahora aparece regulada en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Para una eventual comparación con la nueva regulación vale la pena resumir la disciplina sobre la delegación de competencias contenida en el artículo 20, numeral 25, de la ley derogada: a) sólo los Ministros estaban facultados para delegar funciones o competencias, razón por la cual todos los demás funcionarios de la Administración Central carecían de esa facultad; b) únicamente podían delegarlas en el Director General del Ministerio y en los Directores Generales Sectoriales; por tanto, toda delegación que hiciera el Ministro en órganos de menor jerarquía debía reputarse nula. c) El acto de delegación debía adoptarse mediante Resolución de los Ministros, la cual tenía que ser publicada en la Gaceta Oficial para que resultase eficaz; y d) implícitamente estaba prohibida la subdelegación, en virtud de que los Ministros eran los únicos que podían delegar funciones, lo que conducía a interpretar que los delegados o delegatarios, no podían transferir las competencias que le habían sido delegadas por los Ministros.

10.2.3.1.2. **Análisis de la definición.** La anterior definición tiene un carácter meramente descriptivo, pero nos sirve desde el punto de vista didáctico para explicar en términos generales, los rasgos que caracterizan a la delegación de funciones o competencias, a saber: a) La delegación de funciones, al igual que la asignación de competencias, encuentra su basamento en una disposición expresa del ordenamiento jurídico, de tal suerte que no es posible predicar la existencia de esta figura sin la invocación de la referida norma, que la mayoría de la doctrina postula que debe ser de rango legal. Esta postura que en principio luce irrebatible, permite rechazar las posiciones que pretenden invocar como fundamento de esta excepción, el orden jerárquico de la Administración, y en definitiva la potestad del jerarca que transfiere la competencia, pues si bien es cierto que dicho jerarca unilateralmente decide

delegar, tal decisión es únicamente porque así lo establece la ley. Demás está decir que de admitirse la tesis que coloca en la potestad jerárquica el basamento de la delegación de funciones, se estaría aceptando la modificación de un instrumento normativo, mediante un acto administrativo, lo que sin dudas constituye una clara lesión al viejo principio que postula la necesidad de que las leyes se deroguen por otras leyes, recogido tanto en la Constitución, como en el Código Civil.

b) Mediante el acto delegatorio se transfiere únicamente el ejercicio de la competencia, y no la titularidad, razón por la cual es esencialmente temporal, y por ende, revocable discrecionalmente por el órgano delegante; c) el órgano delegado, debido a que es inferior del delegante, está obligado a aceptar las competencias delegadas, y a comenzar a ejercerlas después que se cumplan los requisitos formales exigidos en la ley; d) el delegante únicamente puede transferir competencias que le han sido asignadas legalmente, y como el delegado está obligado a ejercer las competencias que le son delegadas, no resulta procedente la subdelegación, salvo disposición expresa en contrario de la ley y; e) como los actos del delegado son imputables al delegante, es lógico pensar que la transferencia de competencia debe estar presidida por la confianza que el titular del órgano superior deposite en el inferior, razón por la cual el delegante delega en el titular del órgano, y no en el órgano, lo que conduce a sostener que en caso de muerte, renuncia o destitución del delegado, automáticamente cesa la delegación, y el sustituto estará impedido de ejercer las competencias que tenía delegadas el sustituido.

10.2.3.1.3. **La disciplina de la delegación de funciones o competencias en la LOAP de 2001.**

10.2.3.1.3.1. **Premisa introductoria.** En primer lugar es necesario reconocer que del Decreto ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central de 1999, sin contener una regulación completa o técnicamente impecable, superaba con creces, tanto cualitativa como cuantitativamente la escueta disciplina contenida en el artículo 20, numeral

25, de la Ley Orgánica de la Administración Central reformada, en virtud de que en cuatro artículos que integraban un título del Decreto, trazaba los rasgos esenciales identificados en el Derecho Comparado. En cambio, la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, por el contrario resulta poco clara desde el punto vista conceptual, y los aludidos rasgos esenciales que estaban presentes en la LOAC tienden a difuminarse. En ese orden de ideas es preciso señalar que la falta de claridad y precisión venía desde el Proyecto original, en el cual se hacía una diferencia entre **delegación de competencias y delegación de atribuciones**, sin percatarse, como lo expusimos anteriormente, que la tendencia en el Derecho es a postular a la equiparación conceptual entre competencias y atribuciones.

Así se mantuvo en la ley sancionada en septiembre de 2001 la delegación de competencias, es decir, como equivalente a **delegación intersubjetiva de competencias**, y la delegación de atribuciones, como la delegación intraorgánica de competencias. Por esa razón es importante narrar el iter que condujo a la aprobación de los preceptos que contienen ambas delegaciones. Así el título del artículo 34 venía en el Proyecto con la denominación de **delegación de atribuciones**, y estaba concebido en los siguientes términos:

> *Art. 34. "El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los ministros o ministras, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, podrán* ***delegar las atribuciones*** *les estén otorgadas por ley en los órganos inmediatamente inferiores bajo su dependencia, de conformidad con las formalidades que determinen la presente ley y su reglamento"*

En la segunda discusión de la Ley un diputado sin ninguna motivación propuso cambiarle el título al artículo por el de **delegación interorgánica**, y otro Diputado basándose en que "no solamente hay delegación

interorgánica de atribuciones a órganos inmediatamente inferiores, sino a funcionarios de inferior jerarquía", propuso que la delegación intraorgánica fuera también a funcionarios, siendo ambas proposiciones aprobadas por unanimidad en la Asamblea Nacional.

Ahora bien, hemos querido narrar el iter de la aprobación del mencionado dispositivo normativo, porque el mismo puede contribuir con el intérprete en la dilucidación de la ratio de la norma que contiene. En efecto, la intervención del primer diputado pareciera demostrar un cierto desconocimiento de figura de la delegación de competencia o atribuciones, que como hemos visto constituye una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, por tanto el núcleo de la figura no radica en la determinación de los órganos o entes entre quienes se transfiere esa competencia, sino en la consagración de la excepción al referido principio, razón por la cual si de denominar el artículo que la contiene se trata, necesariamente tiene que recibir el nombre de **delegación de competencia o de atribuciones**, y no de delegación interorgánica, como resultó aprobado. Cualquiera podría pensar que se trata de una mera formalidad, pero es más que eso, pues tal posición revela que los diputados no conocían muy bien, el alcance y significado de la norma que aprobaron. La intervención del segundo diputado, quizás inducida por el cambio de denominación del artículo, igualmente revela un cierto desconocimiento de la figura, porque es cierto que la delegación de competencias, tal como aparecía delineada en el artículo era interorgánica, o mejor intraorgánica, porque la transferencia es de un órgano a otro, no de un **órgano a un funcionario**, pues cuando se admite que eso ocurra se desnaturaliza el concepto de delegación de funciones, que siempre en definitiva será interorgánica o intraorgánica, aún cuando opere entre entes, como lo veremos más adelante, y nunca entre funcionarios. Estas observaciones, aunque puedan parecer "duras" tienen un carácter académico, y seguramente nos servirán en el análisis de la norma que haremos a continuación.

10.2.3.1.3.2. **Análisis del artículo 34 de la LOAP que consagra la delegación interorgánica (delegación de funciones o atribuciones).** Observamos que el precepto mencionado en el epígrafe define a la delegación de competencias o funciones, atendiendo a los siguientes indicadores:

a) **Requisitos subjetivos**. Sólo están facultados para delegar competencias en la Administración Central Nacional el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros y los Viceministros, lo que revela que se amplía la legitimación subjetiva de los delegantes. Efectivamente, como quedó dicho antes, durante la vigencia de la LOAC de 1999 derogada sólo los Ministros y los Viceministros tenían asignada esa competencia, la cual se mantiene en la nueva ley, razón por la cual la ampliación se produce porque esta facultad es atribuida también al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo. Por lo tanto, reiteramos que la inclusión de estos órganos implica una ampliación significativa del número de delegantes.

No obstante, la inclusión del Presidente de la República como delegante, pese a que constituye una novedad no deja de suscitar dudas, porque si bien es el Jefe de la Administración Pública Nacional, no resulta nada claro que el ordenamiento jurídico venezolano le atribuya **competencias administrativas** como órgano unipersonal, salvo que el dispositivo pretendiera regular algunas de las atribuciones constitucionales que ejerce sin necesidad de refrendo de un Ministro o Ministros, como son el nombramiento y remoción y la dirección de la Fuerza Armada Nacional, en su carácter de Comandante en Jefe, así como fijar el contingente de la misma. Conviene recordar que en ninguna de las reformas de la Ley Orgánica de la Administración Central, durante cuya vigencia también se reputaba al Presidente de la República como Jefe de la Administración Pública Nacional, ni siquiera en la de 1999, que en su artículo lo erigía con el carácter de jefe antes indicado, se le atribuía la facultad de delegar competencias.

Tal abstención normativa se inscribía dentro de los postulados teóricos de la delegación de competencia, pues sólo se puede transferir la atribución que expresamente le consagra una norma, pues la condición de máximo jerarca permite, en primer lugar dar órdenes sobre la actuación que deben desplegar los subordinados, y en segundo lugar, emanar instructivos y directivas que sirvan para orientar esa actuación, pero obviamente cuando los Ministros o cualquier otro funcionario actúa acatando la orden o la directiva del Presidente de la República lo hace ejerciendo las competencias que le atribuye la Ley. En fin, un órgano sólo puede revestir la condición de delegante en el esquema de la delegación de funciones o competencias, en primer lugar, si tiene asignadas competencias propias, y en segundo lugar si esas competencias son delegables.

Por otro lado, parece dudoso que el Presidente de la República pueda delegar algunas de las funciones que debe ejercer en Consejo de Ministros, no sólo por la naturaleza de esas funciones, sino porque serían delegadas más bien por el Consejo de Ministros, que es un órgano colegiado donde el Presidente juega el rol fundamental, pero distinto del Presidente, y dicho órgano no figura en la norma como legitimado para delegar funciones. Los razonamientos anteriores obligan a seguir examinando el carácter de delegante con que es investido por el artículo 34 de la LOAP el Presidente de la República, pero todo pareciera indicar que es una norma que resultará muy difícil de aplicar, y tal vez obedezca más bien a la tendencia de algunos funcionarios de atribuirle el mayor número de funciones al Presidente de la República, acrecentando aún más el hiperpresidencialismo que siempre ha caracterizado el gobierno venezolano.

Por otra parte, pareciera mantenerse en cierto sentido el número de los órganos facultados legalmente para recibir las competencias delegadas (delegatarios o delegados), pues en la ley derogada los Ministros podían delegar en los Viceministros, y éstos en los Directores Generales, pasando por los Directores de línea hasta llegar a los Jefes de División, lo que prácticamente representaba a todas las unidades operativas que conforman los despachos de los Viceministros; en cambio, ahora pueden ser

delegatarios todos los órganos inmediatamente inferiores del Presidente de la República bajo su dependencia, o sea, tanto el Vicepresidente Ejecutivo, como los Ministros, que continúan siendo órganos directos del Presidente, del Vicepresidente Ejecutivo, serían los órganos que en la escala jerárquica sigan en el Despacho del Vicepresidente (Directores Generales), pues los Ministros no son órganos inferiores del Vicepresidente que estén bajo su dependencia; de los Ministros los Viceministros, y de éstos los Directores Generales.

Debemos enfatizar que los delegatarios, pese a la expresión literal de la Ley que establece una disyunción entre órganos y funcionarios inmediatamente inferiores, son únicamente órganos, y no funcionarios, porque conviene recordar que el concepto de órgano alude a dos elementos: el objetivo constituido por el haz de competencias que tiene atribuidas, y el subjetivo representado por la persona física que ejerce la titularidad; de modo, pues, que puede conciliarse la impropiedad derivada de la inclusión del término funcionario, considerando que alude al titular del órgano, lo que deja de tener consecuencias, como veremos más adelante, pero al fin y al cabo la transferencia de la competencia sigue siendo al órgano, cuando se alude a su titular, de tal suerte que puede considerarse en ese marco conceptual como una simple redundancia.

De modo, pues, que desde el punto de vista de la legitimación subjetiva, la nueva regulación se ajusta mucho más a la finalidad que se persigue con la consagración de la figura de la delegación de competencias: optimizar el funcionamiento de la Administración, y facilitar en términos de la doctrina española "el cumplimiento de los fines institucionales encomendados al órgano", al permitir que los órganos superiores descarguen en los inferiores una cantidad de funciones que les asigna la ley.

Cabe advertir que las relaciones entre el delegante y el delegado están basadas, en primer lugar, en una relación de confianza, y en segundo lugar, en el principio de jerarquía que sirve de soporte a la Administración Pública, pero una vez que la delegación se torna eficaz, el primero

queda inhabilitado para ejercer la competencia transferida, y el segundo, por el contrario, queda habilitado para ejercerla, igual que si le hubiere sido asignada por la Ley, de tal suerte que el superior no puede, en estricta puridad jurídica, impartirle órdenes acerca de dicho ejercicio. Por otro lado, en este punto valdría la pena preguntarse si en Venezuela resulta posible legalmente delegar funciones de un órgano colegiado a otro órgano colegiado, como ocurre en España, cuya Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo artículo 13.7. prescribe "... La delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un quórum especial, deberá adoptase observando, en todo caso, dicho quórum".

Esta disposición normativa que resulta un tanto heterodoxa, porque la idea que preside a la creación de órganos colegiados apunta hacia la necesidad de que todas las competencias que se les atribuyen sean ejercidas por sus integrantes, sin necesidad de transferirlas a otros órganos, al parecer ha sido desnaturalizada, en virtud de que sobre una supuesta interpretación teleológica se ha pretendido extender, transfiriendo funciones del órgano colegiado a su Presidente o a su Secretario, lo que a la postre convierte el órgano colegiado en unipersonal. Sin dudas que una delegación de esta clase (entre órganos colegiados) no está prevista en LOAP, mucho menos puede admitirse la transferencia de competencias del cuerpo colegiado en el Presidente del mismo, aunque existen tendencias empíricas en ese sentido, pero es indudable que de imponerse dichas tendencias, el acto dictado por el órgano delegado (Presidente) deberá reputarse nulo. Por supuesto, que si una norma establece esta clase de delegación, pese a su equivocada connotación conceptual, cumplirá con el requisito inexcusable de estar fundamentada en un dispositivo legal, y en consecuencia resultará procedente su aplicación.

b) **Requisitos objetivos.** En principio el órgano facultado legalmente para delegar funciones, puede transferir todas aquellas que le han sido asignadas expresamente por la ley, pero sólo las asignadas, mas no las que le han sido delegadas. Esta regla aparece recogida plenamente en

el artículo 34 de la LOAP, que estatuye: "El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los ministros o ministras, los viceministros o viceministras, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública podrán delegar **las atribuciones que les estén otorgadas por Ley** a los órganos o funcionarios inmediatamente inferiores bajo su dependencia... ." De modo pues, que la regla antes enunciada aparece claramente delineada en el texto legal, por lo que todas las competencias asignadas normativamente a los órganos antes mencionados son susceptibles de ser delegadas en los términos previstos en la Ley.

Sin embargo, es necesario acotar que esa regla debe ser armonizada con un principio doctrinario, ordinariamente recogido en los derechos positivos, que postula la indelegabilidad de determinadas competencias, lo que quiere decir entonces que la regla admite derogaciones, por vía doctrinaria, jurisprudencial o legislativa, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos. La LOAP en sintonía con esa tesis establece en su artículo 35, esa excepción así: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución o en leyes especiales, la delegación intersubjetiva o interorgánica no procederá en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de la adopción de disposiciones de carácter normativo 2. Cuando se trate de la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso. 3. Cuando se trate de competencias o atribuciones ejercidas por delegación. 4. En aquellas materias que así se determinen por norma con rango de ley".. La norma transcrita enumera un conjunto de competencias indelegables, pero dicha enumeración tiene un carácter enunciativo, en virtud de que reenvía a las leyes especiales el establecimiento de otras.

Pero concretándonos en el examen del dispositivo transcrito resulta claro que ninguno de los órganos delegantes contemplados en el artículo 34 de la LOAP pueden delegar competencias normativas. Pareciera que esta prohibición está dirigida exclusivamente a los Ministros, quie-

nes más de facto, que de "iure", hasta ahora han asumido una amplia competencia normativa, mediante las denominadas resoluciones de carácter normativo (reglamentos organizativos, ejecutivo e independientes), pues ni el Presidente de la República, actuando como órgano unipersonal ni el Vicepresidente Ejecutivo tienen competencia normativa. La segunda prohibición, prevista desde 1982 en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, además de tener una pertinencia lógica incuestionable, encuentra su fundamento en el deber de imparcialidad con que debe actuar la Administración Pública, pues la aludida prohibición atiende a la necesidad de evitar que el mismo órgano que dicte el acto que resulte de un procedimiento constitutivo, conozca el recurso jerárquico que se interponga contra dicho acto.

La tercera prohibición alude a las materias que le fueren asignadas por delegación a los delegados, la cual es válida para todos los delegatarios o delegados que identificamos anteriormente. Es preciso recordar que con excepción del Presidente de la República, todos los restantes delegantes pueden ser a la vez delegatarios; por lo tanto, estos funcionarios están obligados una vez que adquiere eficacia el acto delegatorio a ejercer las competencias delegadas, sin poder, por ejemplo, transferírselas en el caso de los Ministros a los Viceministros, y en el de éstos a los Directores Generales. En realidad el dispositivo en comento no hace más que recoger el postulado doctrinario relativo a la prohibición de **subdelegación** cuando se delegan competencias.

El cuarto grupo de competencias que no resultan susceptibles de delegación es sumamente amplio desde el punto de vista formal, porque en realidad puede llegar a formar parte del mismo cualquier materia. Sin embargo, tal amplitud queda seriamente limitada cuando el dispositivo condiciona la declaración de indelegabilidad de las mismas, a su previa determinación en un instrumento de rango legal. En otras palabras, la incluyó en las materias de reserva legal; de allí, pues la limitación indicada. Por lo tanto hubiera sido preferible repetir el dispositivo de la LOAC derogada, que clasificaba las competencias indelegables por su naturaleza y por mandato constitucional, legal o reglamentario.

Haber excluido las primeras pareciera un error, pues comprendían aquellas materias que resultan esenciales en el funcionamiento del órgano. Así por ejemplo, la resolución de conflictos intraorgánicos de competencia que le atribuye el artículo 76, numeral 22, de la LOAP a los Ministros, no es susceptible por su naturaleza de ser delegada en los Viceministros, ni tampoco en ese mismo sentido puede delegar un Ministro su asistencia a los Consejos de Ministros. Sin dudas que la aludida exclusión puede a la postre resultar perjudicial para la institucionalización de la delegación de atribuciones, pues la dinámica administrativa demuestra en algunas oportunidades que determinadas competencias resultan intrínsecamente (por su naturaleza) indelegables, como el caso del ejemplo de la asistencia de los Ministros, a los Consejos de Ministros, o la Coordinación de la Administración Pública por parte del Vicepresidente Ejecutivo, y así seguramente otros casos, que sólo es posible determinar cuando se presenta la situación.

Como vimos las segundas se mantienen pero restringidas a expresas prohibiciones contenidas en normas de rango legal, suprimiéndose la posibilidad de establecerla en instrumentos de rango sublegal. Obviamente, que la eliminación de la referencia a normas de rango constitucional no significa la improcedencia de una prohibición de esta clase, sino más bien un ajuste conceptual al principio de supremacía constitucional contemplado en el artículo 7 de la Carta Magna, razón por la cual tendrá el carácter de indelegable cualquier competencia que reciba esa calificación de un precepto constitucional. En suma, la nueva ley venezolana recoge un principio moderno con relación a los requisitos objetivos de la delegación de funciones, al consagrar la regla general que postula que todas las competencias asignadas al delegante son susceptibles de delegación, pero a la vez identifica mediante parámetros sustantivos aquellas competencias que resultan indelegables (artículos 35 de la LOAP).

Es preciso subrayar que la LOAP responde a las tendencias doctrinarias mayoritarias, porque de la misma se infiere que en la delegación de competencia se trasladan haz o grupos de competencias. Luego,

surge la duda acerca de si el órgano legitimado puede delegar la competencia para un asunto determinado. En España, por vía indirecta se admite esa posibilidad siempre que en el correspondiente procedimiento no se haya emitido un dictamen o informe preceptivo. Por tanto, se trata de una derogatoria por vía normativa del aludido principio doctrinario, razón por la cual no existiendo una regulación similar en la LOAP debe continuar prevaleciendo la regla atinente a que en la delegación se transfieren conjunto de competencias, y no la competencia para un asunto determinado.

c) **Requisitos formales.** El artículo 35, aparte primero, de la LOAP, establece que el acto delegatorio debe ser adoptado mediante una Resolución emanada del órgano delegante, la cual deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. La eficacia de la delegación de competencias está condicionada a la referida publicación, y en ese sentido debe tenerse muy en cuenta que la nueva ley exige que el acto delegatorio contenga la fecha de inicio de la vigencia, razón por la cual es a partir de esa fecha cierta que el delegado puede comenzar a ejercer legalmente las competencias que le han sido transferidas. Hay que diferenciar entonces entre la validez y la eficacia del acto delegatorio, pues éste adquiere la primera condición desde que el órgano delegante adopta la decisión, y como quedó dicho únicamente surte efectos después de la publicación en Gaceta, específicamente en la fecha que el mismo debe indicar. Por lo tanto, si el delegado comienza a ejercer las funciones delegadas antes de la mencionada fecha, los actos que dicte estarán viciados de nulidad, pues serán equivalentes a los dictados por un órgano incompetente por la materia. Pero en todo caso, pauta el citado artículo 42, que en caso de que la resolución no indique la fecha de su entrada en vigencia, entonces debe considerarse que el inicio de su eficacia comienza desde la publicación en la Gaceta Oficial.

El citado artículo 42 de la LOAP establece que la resolución contentiva del acto de delegación publicada en la Gaceta Oficial debe ser motivada, y hace hincapié en la necesaria y correcta identificación de los

órganos entre los que se produce la transferencia de la competencia, lo que en el caso del delegatario tiende a preservar el principio de imparcialidad que debe presidir a las actuaciones de la Administración, en virtud de que esa identificación permite que algún administrado, en caso de que considere que el titular del órgano delegado está incurso en una causal de recusación, y no se inhiba, pueda oportunamente solicitar dicha inhibición de conformidad con las previsiones de la LOPA.

En todo caso los límites objetivos de la delegación deben estar consignados claramente en el acto delegatorio (motivación), es decir, debe hacerse una enumeración, siendo deseable en aras de la seguridad jurídica que sea taxativa, de todas y cada una de las competencias transferidas, pudiendo inclusive establecerse término a la delegación, pese a que la fijación de un plazo aunque resulta legalmente posible, carece de sentido práctico, pues siendo la delegación de competencias esencialmente temporal, y por ende, revocable en cualquier tiempo discrecionalmente por el delegante, tanto parcial como totalmente, dicho término no tiene porque ser respetado por éste. En efecto, el artículo 35, parte "in fine" ejusdem estatuye que la delegación será revocable en cualquier tiempo por el órgano que la haya conferido.

De otro lado, cabe reiterar que pese a que la Ley se abstiene de regular la subdelegación, no obstante, dado que la delegación de funciones constituye una excepción al principio relativo a que la competencia debe ser asignada mediante norma expresa, los artículos 34, 35, 37 y 42 de la LOAP deben ser interpretados restrictivamente, lo que conduce a postular la prohibición de la subdelegación, postura esta que por lo demás también se infiere de la interpretación sistemática de los mencionados dispositivos, puesto que si únicamente se permite al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo a los Ministros y Viceministros delegar funciones, y además tal delegación está restringida a los órganos inferiores bajo su inmediata dependencia mal podría pensarse –en ausencia de una previsión normativa– que dichos funcionarios pudieren subdelegar en órganos de menor jerarquía, porque en la práctica habría una

delegación más allá de los límites expresamente contemplados en la Ley. Por lo demás es posible inferir la prohibición de subdelegación del artículo 35, numeral 3 de la LOAP, que declara improcedente la delegación en caso de competencias ejercidas por delegación, dado que esa "delegación" sería en realidad una subdelegación.

Observamos que la LOAP elimina la delegación "per saltum" prevista en la LOAC derogada que permitía a los Viceministros transferir competencias a los Directores Generales, a los Directores de línea y a los Jefes de división, y consagra el sistema seguido en otros ordenamientos de delegaciones sucesivas atendiendo al orden jerárquico de la Administración, que resulta compatible con la idea misma de la asignación de competencias por grado, que supone la atribución de las más importantes a los órganos superiores y así sucesivamente en orden descendente, y evita crear disfuncionalidades que atenten contra el sustrato conceptual de la organización jerárquica, cuando por ejemplo el Ministro delegue una competencia en un Director General, soslayando al Viceministro, pudiendo configurarse la situación paradójica que el mencionado funcionario esté realizando actuaciones más importantes que las cumplidas por su superior.

10.2.3.1.4. **Delegación: transferencia sólo del ejercicio de la competencia (la solución en la LOAC de 1999).** La doctrina mayoritaria está conteste en que la delegación de funciones conduce exclusivamente a la **transferencia del ejercicio**, mas no el de la titularidad de la competencia. Esta tesis no deja de tener algunos adversarios que postulan que la delegación comporta la pérdida de la titularidad de la competencia para el delegante y, por tanto, correlativamente, el aumento de la esfera de atribuciones del delegado. O sea, que la competencia transferida es perdida por el delegante y ganada por el delegado. Sin embargo, reiteramos que la doctrina mayoritaria milita en el campo de la primera tesis, la cual consideramos acertada, en virtud de que mantiene el carácter esencialmente temporal y revocable del acto de delegación de funciones, pues de considerarse que lo transferido es la titularidad, entonces

habría que admitir que el jerarca administrativo podría modificar o derogar, mediante un acto administrativo de efectos particulares, la norma atributiva de competencia, muchas veces de rango legal, en virtud de que a partir de la fecha en que la delegación cobrase eficacia, la referida norma quedaría derogada, ya que pasaría en forma definitiva la titularidad de esa competencia que la Ley le había atribuido al órgano delegante, al delegado. Evidentemente que esta postura carece de fundamentación lógica y jurídica, porque conduciría a la infracción del principio recogido tanto en la Constitución como en el Código Civil, que postula que las leyes se derogan por otras leyes, y además, porque de excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia, la delegación de funciones casi pasaría a ser la regla, al perder el carácter temporal.

Admitir la primera tesis tiene una importancia capital tanto para la Administración como para los administrados, pues como lo que se transfiere es el ejercicio de la competencia, los actos dictados por el delegado se **imputan** al delegante, lo que permite identificar sin ningún tipo de dudas al órgano competente, a los fines de la interposición de los recursos administrativos o contencioso administrativos. En efecto, supongamos que el Viceministro de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social en ejercicio de la delegación que le confirió el Ministro, ordena el decomiso de un determinado medicamento por considerarlo lesivo a la salud de la comunidad. Ante tal orden el Laboratorio fabricante considera lesionados sus derechos subjetivos, razón por la cual decide impugnar el acto del Viceministro.

Ahora bien, si priva la tesis acerca de la transferencia del ejercicio de la competencia, tal acto será imputado al Ministro, es decir, que la situación se presentaría como si este máximo jerarca hubiese dictado la referida decisión. En consecuencia, el interesado podría optar entre ejercer el recurso de reconsideración ante el Ministro (art. 94 LOPA), o considerar agotada la vía administrativa, e interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, o de nulidad y condena, por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 124,

ord. 2º y 121 de la parcialmente vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

En cambio, si prevaleciera la otra tesis (transferencia de la titularidad de la competencia), entonces la situación se modificaría radicalmente, puesto que conforme a la LOPA el Laboratorio tendría la siguiente carga: interponer el recurso de reconsideración ante el Viceministro de Salud (art. 94), el cual constituye un requisito de admisibilidad del recurso jerárquico (art. 95). Si el de reconsideración es declarado sin lugar, deberá interponer el recurso jerárquico ante el Ministro, y si éste también es desestimado, tendrá abierto el camino, en virtud de que se produjo el agotamiento de la vía administrativa, para interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, o de nulidad y condena (art. 121 LOCSJ). Es preciso señalar que no necesariamente deberá cumplir ese procedimiento una vez que entre en vigencia (condicionada a la sanción de la Ley Orgánica que regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa) el artículo 7 numeral 9, de la LOAP, que establece el carácter opcional del agotamiento de la vía administrativa, para el ejercicio de los recursos contencioso administrativos (disposición transitoria séptima).

La tesis que postula que en la delegación únicamente se transfiere el ejercicio de la competencia fue acogida por la extinta Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones, entre otras cabe citar la dictada por la Sala Político Administrativa de ese Máximo Tribunal, ante una declinatoria de competencia, el 15 de diciembre de 1992, en los siguientes términos: "...El Tribunal declinante consideró que la competencia para conocer del recurso de nulidad interpuesto corresponde a esta Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto la Resolución fue dictada por el Director General del Ministerio del Trabajo, por **delegación de su titular**. Al respecto se observa que, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 43 de la misma Ley, esta Sala es competente...". (Exp. Nº 93-235).

Finalmente, la tesis en comento conduce a considerar a la delegación de competencias, como esencialmente temporal, por cuanto mientras dure la delegación, el titular de la competencia transferida carece de facultades para actuarla. Por tanto, si quiere reasumir el ejercicio de dicha competencia deberá revocar el acto delegatorio, lo que requiere de conformidad con el artículo 35, primer aparte, de la LOAP que la resolución revocatoria sea publicada en la Gaceta Oficial, y a diferencia de la entrada en vigencia, que requiere como regla general la fijación de una fecha, la revocatoria de la delegación cobra eficacia a partir de la aludida publicación.

Ha de advertirse que la tesis relativa a la transferencia del ejercicio de la competencia en la delegación, y no de la titularidad, antes expuesta, que dicho sea de paso, era de corte netamente doctrinal y jurisprudencial, debido a que LOAC hasta 1999, como es dable imaginarse, al regular la figura de la delegación de competencia en el numeral de uno de sus artículos (20, num. 25), no tocaba ni directa ni indirectamente ese aspecto tan importante, perdió su base de sustentación teórica, conduciendo a invertir la imputación de los actos dictados mediante la delegación, **los cuales pasaron de ser considerados como emanados del delegante, a ser considerados como emanados del delegado**. La referida pérdida se derivaba de una disposición categórica de la LOAC de 1999, contenida en su artículo 61, que rezaba:

> *"A los efectos de este Decreto Ley, se entenderá que los actos y actuaciones ejecutados en virtud de delegación de competencias se consideran emanados del órgano delegado, mientras que los actos y documentos suscritos en virtud de delegación de firma provienen del órgano delegante".*

Por supuesto que la disposición normativa no expresaba que la delegación comportaba la transferencia de la titularidad de la competencia, pero como lo expusimos precedentemente, el esquema lógico que preside esta figura funciona así: si se admite que la delegación de funcio-

nes comporta la transferencia tanto de la **titularidad como del ejercicio** de la competencia transferida, entonces la consecuencia inmediata es que el acto del delegado, quien pasa a detentar tanto la titularidad como el ejercicio de la competencia, le sea imputado a él, pero si se admite que únicamente transfiere el ejercicio, entonces la consecuencia inmediata tiene que ser que el acto del delegado se imputa al delegante. Es cierto que el Derecho positivo puede romper dicho esquema, estableciendo como lo hacía el dispositivo transcrito, sin más, que los actos del delegado se consideraban emanados de él, pero una norma de ese tenor suscitaba serios problemas interpretativos, si no derogaba puntualmente todos y cada uno de los aspectos involucrados en la tesis acerca de la transferencia del ejercicio, tales como el carácter temporal de la delegación y su revocabilidad, y lo que es más grave la derogatoria de la norma atributiva de competencia mediante un acto de efectos particulares.

Pero además tenía serias consecuencias negativas para los administrados al imponerle la carga de ejercer dentro de lapsos perentorios, en sede administrativa, los recursos de reconsideración y jerárquico, para posteriormente poder ejercer el recurso contencioso administrativo, por supuesto, en el caso de que fuesen desestimados los recursos administrativos. Esta situación del administrado resultaba aún más comprometida si se tiene en cuenta que recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó sendas sentencias en las cuales invoca el carácter extraordinario de la acción de amparo, pronunciándose por su inadmisibilidad si el administrado no hace uso previamente de los recursos contencioso administrativos, para lo cual debe agotar la vía administrativa (recursos de reconsideración y jerárquico).

De modo, pues, que esta disposición de la LOAC que rompía con la tesis sostenida por la doctrina mayoritaria en el Derecho Comparado, cuya inclusión pareciera que no fue sopesada suficientemente por los redactores del Decreto Ley, pues aparte de las incongruencias conceptuales que presentaba, desmejoraba sensiblemente la posición de los administrados, lo que inclusive podía resultar incompatible con la garantía

de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución de 1999.

Debemos destacar que la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en septiembre de 2001, pretende corregir ese notorio error de la LOAC, al establecer en el artículo 35 que las "resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esa circunstancia **y se considerarán dictadas por el órgano delegante**". Efectivamente, tal como está redactado el artículo se invierte totalmente su "ratio" con relación al citado artículo 61 de la LOAC derogada, quedando claramente establecido que los actos y los efectos de los mismos dictados por el delegado se imputan al delegante, razón por la cual rige el postulado básico de la delegación de funciones, acogido y desarrollado en Derecho Comparado, y por la doctrina y la jurisprudencia nacional hasta la entrada en vigencia del Decreto ley de 1999, concerniente al exclusivo traslado del **ejercicio de la competencia**, manteniendo el delegante la plena titularidad de la misma.

Esta tesis queda reforzada indirectamente por el carácter esencialmente revocable con que es concebida la delegación de funciones o competencia en la Ley (art. 35), así como por el artículo 37, primer aparte, ejusdem, que establece categóricamente que los actos administrativos derivados del ejercicio de las atribuciones delegadas, a los efectos de los recursos correspondientes se tendrán como dictados por la autoridad delegante. Por supuesto, que se trata de una norma que tiene un carácter redundante, pero hay que admitir que dicha redundancia juega a favor del principio de seguridad jurídica, en virtud de que de manera muy precisa orienta a los administrados acerca del ejercicio de los recursos administrativos o contencioso administrativos, al no dejar ningún tipo de dudas sobre la imputación del acto al delegante, a los efectos de la interposición de los mencionados recursos.

10.2.3.1.5. **La delegación de competencias en la Administración Descentralizada.** Como se sabe la Administración Pública se divi-

de verticalmente en Administración Nacional, Estadal y Municipal, y cada una de esas ramas a su vez se divide horizontalmente en Administración Central y Descentralizada. Ahora bien, hasta aquí hemos examinado la delegación de competencias en la Administración Pública en general, pero analizando únicamente su rol en la Administración Nacional Central, quedando por determinar si la delegación de funciones opera también en la Administración Nacional Descentralizada. Esta última, a diferencia de la primera, carece de un marco regulatorio general, porque pese a los reiterados intentos realizados en ese sentido hasta el año 1999, el Congreso no logró sancionar la Ley de la Administración Descentralizada.

Ahora bien, como expusimos precedentemente la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, extiende su ámbito de aplicación a toda la Administración Pública Nacional, es decir, a las ramas Central y Descentralizada funcionalmente, razón por la cual debe concluirse que son válidas todas las tesis formuladas y explicitadas anteriormente acerca de la delegación de funciones en la Administración Central. Sin embargo, debemos hacer notar que la norma contenida en el artículo 34 de la LOAP, tantas veces citada, intenta abarcar también a la Administración Descentralizada funcionalmente, cuando expresa "... y los superiores jerárquicos de los **órganos y entes** de la Administración Pública podrán delegar las atribuciones otorgadas por ley, a los órganos o funcionarios", pero la redacción utilizada origina confusión al referirse a órganos y entes, sin llegar a precisar a qué Administración alude, pues previamente se refiere a todos los órganos de la Administración Central Nacional, Estadal y Municipal que enumera (Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Ministros, Viceministros, Gobernadores y los Alcaldes).

Estimamos que la confusión puede superarse si se admite que la inclusión del término órgano constituye un error material o a lo sumo una impropiedad conceptual que debe dejarse de lado en el proceso hermenéutico, pues es bien sabido que sólo los entes integran a la Administración Descentralizada funcionalmente, cualquiera que sea su nivel. De modo, pues que la exclusión del término órgano, conduce a sostener que

los "superiores jerárquicos" mencionados en el precepto, son los de las Administraciones Descentralizadas Nacional, Estadal y Municipal. sin llegar a precisar a que Administración alude, pues previamente se refiere a todos los órganos de la Administración Central Nacional, Estadal y Municipal precedentemente enumerados. De no corregirse la redacción del precepto, seguramente suscitará serios problemas interpretativos, máxime si se tiene en cuenta que la competencia es de derecho estricto, y su delegación en principio debe estar consagrada en una norma expresa, tanto literal como conceptualmente, salvo que se interprete que se refiere a los entes de la Administración Descentralizada funcionalmente Nacional, Estadal y Municipal, para lo cual debe hacerse caso omiso de la palabra "órganos" que forma parte de la referida frase, pues acompañada de la conjunción copulativa, podría dar lugar a que se entienda referida a órganos de las Administraciones Centrales, produciéndose de esa manera la confusión antes aludida.

Además es preciso destacar que la LOPA, cuya aplicación se extiende a la Administración Descentralizada, también regula indirectamente la delegación de funciones en sus artículos 18, num. 7, en el que dispone que cuando el funcionario dicte un acto administrativo actuando por delegación, deberá indicar expresamente en dicho acto, el número y fecha del acto de delegación que confirió la competencia, y en el 88, que prohíbe a los órganos administrativos resolver por delegación, los recursos intentados contra sus propias decisiones. Ciertamente, los citados dispositivos regulan cuestiones puntuales de la delegación de competencias, pero a la vez permiten inferir que la misma tiene aplicación en la Administración Descentralizada, máxime ahora cuyos lineamientos fundamentales aparecen consagrados en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública.

10.2.4. **La delegación de firma.**

10.2.4.1. **Marco conceptual.** Es preciso señalar en primer término que esta fórmula organizativa, pese a denominarse "delegación", en reali-

dad no comporta una transferencia o desviación de la competencia, ya que no modifica ni afecta en lo más mínimo el orden legal de asignación de competencias a los distintos órganos. Se trata más bien de un acto mediante el cual el órgano superior descarga en el inferior parte de su labor material, como lo es la firma de determinados documentos contentivos de actos administrativos. Por tanto, el superior o "delegante" no llega, ni siquiera temporalmente, a perder su competencia, porque el acto contenido en el documento firmado por el delegado ha sido previamente adoptado por el que tiene atribuida legalmente la competencia ("delegante").

Esta figura aparece consagrada por primera vez en Venezuela en el Reglamento de Delegación de Firma de los Ministros del Ejecutivo Nacional, de fecha 17 de septiembre de 1969, siendo posteriormente incluida conjuntamente con la delegación de funciones en el artículo 20, numeral 25, de la LOAC de 1976, pasando al decreto ley mediante el cual fue reformado el mencionado texto legislativo en 1999, en la misma forma, es decir, regulada conjuntamente con la delegación de competencias en los artículos 60, 61 y 63. En la Ley Orgánica de la Administración Pública pasa a ser regulada con una extraña figura denominada " delegación de gestión" en el artículo 38, el cual preceptúa:

> *"El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los ministros o ministras, los viceministros o viceministras, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas y las autoridades de superior jerarquía de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios y de los entes de la Administración Pública, podrán delegar la gestión, total o parcial de determinadas atribuciones a los órganos bajo su dependencia,* ***así como la firma de documentos en funcionarios o funcionarias de los mismos, de conformidad con las formalidades previstas en la presente Ley y su reglamento****.*

> ***La delegación de firmas no procederá en el caso de actos administrativos de carácter sancionatorio ni en los casos indicados en el artículo 35 de esta Ley**" (énfasis añadido).*

El análisis de la disposición transcrita evidencia, en primer lugar que se amplía tanto el número de "delegantes" como de "delegatarios", pues en la ley derogada sólo podían delegar los Ministros y los Viceministros, y conforme a la LOAP el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, los Viceministros, los Gobernadores, los Alcaldes y las autoridades de superior jerarquía de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, de los municipios y de los entes de la Administración Pública. Quedaría por determinar quiénes son esas "altas autoridades", en los Ministerios, en las Gobernaciones, en los Estados, en los Distritos Metropolitanos, y en los Municipios, e inclusive en los Institutos Autónomos y en las Universidades, pues en estos últimos dos casos para guardar la debida sintonía con las Administraciones Centrales, es de suponer que habrá otras altas autoridades además del Presidente o la Junta Directiva, y del Consejo Universitario o el Rector. Corresponderá al Reglamento hacer las precisiones correspondientes, pero lo que sí resulta innegable es que el dispositivo amplía muchísimo el número de los legitimados para "delegar" firmas.

No obstante, la ampliación de los "delegados" es mucho mayor, pues a diferencia de la Ley anterior que condicionaba la condición del delegatario a que fuese un "alto funcionario", la vigente alude a cualquier funcionario de la respectiva administración, lo que en principio está en sintonía con el número de "delegantes", ya que sería una incongruencia que los "delegantes" superaran a los delegados. En todo caso, pese al carácter instrumental de la delegación de firma, resulta necesario que el Reglamento de la Ley regule la situación, mediante la determinación de las "altas autoridades delegantes", como los funcionarios delegados.

A diferencia de la ley derogada, la LOAP omite pronunciarse sobre los requisitos formales de la delegación de firma, pues no aparece inclui-

da en el artículo 42 que regula ese supuesto de hecho para los casos de delegación intraorgánica e intersubjetiva de competencia, de “gestión” y de encomienda de gestión, e impone la publicación en la Gaceta Oficial de los actos mediante los cuales se acuerde hacer uso de cualquiera de esas figuras. Estimamos que dicha omisión obedece a una inadvertencia, razón por la cual deberá aplicarse analógicamente el citado dispositivo, debiendo publicarse también la resolución contentiva de la delegación de firma en la Gaceta Oficial, la cual cobrará eficacia en la fecha que se indique en la resolución, o a partir de la publicación, si esa fecha es silenciada. Desde luego que igualmente deberán ser identificados tanto el delegante como el delegado. Aunque la norma tampoco alude a la imputación del acto firmado, como aparecía claramente establecido en el artículo 61 de la LOAC, la connotación conceptual de la figura debe conducir a concluir sin ningún tipo de dudas que dichos actos son imputables al “delegante”.

Finalmente, hay que destacar la prohibición de delegación de firma contenida en el esquema normativo bajo examen, pues además añade los actos sancionatorios a los contemplados en el artículo 35, que como vimos enumera las competencias que son indelegables. En realidad no logramos entender cuales fueron las razones que privaron en los legisladores para consagrar esta prohibición, salvo la que se trate de la confusión que todavía existe en pocas personas de considerar equivalente la delegación de firma a la delegación de competencias. Si esa fue la razón incurrieron en un error, porque como afirmamos antes, desde hace bastante tiempo la doctrina y la jurisprudencia, tanto la extranjera como la nacional, están contestes en que la delegación de firma es un simple acto material o instrumental, que de ninguna manera puede comportar transferencia de función alguna.

10.2.4.2. **Diferencias entre la delegación de competencias y la delegación de firmas.** Por cuanto en el pasado reciente, y aún actualmente en menor grado, se solían presentar confusiones, inclusive por parte de algunos órganos jurisdiccionales, entre estas dos figuras, consideramos conveniente enumerar sus diferencias fundamentales:

a) En la delegación de funciones se produce una verdadera transferencia de competencias, en virtud de que el delegante pierde temporalmente el ejercicio de la competencia transferida y correlativamente el delegado lo gana, también temporalmente. En cambio, en la delegación de firma se produce una “aparente” desviación de la competencia, puesto que en ningún momento el titular del órgano delegante deja de ejercer su competencia. Mas aún: el delegado lo que firma es un documento contentivo de un acto producto del ejercicio de la competencia por parte del delegante. Con la delegación de firma el superior lo que hace es descargar en el inferior parte de labor material (firma de determinados documentos). Así lo declaró la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 6 de abril de 1989.

b) En la delegación de funciones el delegante queda inhabilitado, mientras dure la delegación, para ejercer la competencia transferida; en cambio, en la delegación de firma, el delegante podrá firmar los actos y documentos comprendidos en la delegación, sin que ello implique revocación del acto de delegación. Sólo que en este caso tendrán validez los documentos firmados por el Ministro, si los firmados por el delegado no han sido publicados o notificados.

d) La delegación de funciones, sostiene DIEZ (1963), se realiza en abstracto sin tomar en cuenta la persona del delegado, mientras que la delegación de firma es generalmente personal. La diferencia indicada por este autor pareciera encontrar respaldo en la LOAP, en virtud de que dicho texto legislativo habla claramente de “funcionarios o funcionarias”. Por supuesto que si la delegación es otorgada al funcionario en cuanto titular del órgano, y no a éste, la misma se mantendrá siempre que no cambie ese titular.

10.2.5. **La avocación.**

10.2.5.1. **Perfil histórico.** Los orígenes de esta figura se remontan al período del Estado Absoluto, durante el cual, como se sabe, el ejerci-

cio de todos los poderes estaba concentrado en el monarca. En lo tocante al Poder Judicial el Rey normalmente lo delegaba, pero precisamente como los delegatarios ejercían una competencia ajena, el titular como Juez supremo que era, tenía la facultad de avocarse en toda causa que cursare ante cualquier Tribunal, y procedía a dictar la correspondiente decisión. En otros términos, con la avocación del Soberano se producía la "devolución" por parte de los jueces, de una competencia que de suyo le pertenecía al monarca; de esa situación se deriva lo que en derecho procesal se conoce como efecto devolutivo de la apelación. Durante el largo período de casi trescientos años que duró el Estado Absoluto, los monarcas no sólo usaron la avocación, sino que abusaron de dicho uso, llegándose a configurar verdaderas arbitrariedades. Por esa razón esta figura va a ser repudiada por los Revolucionarios Franceses triunfantes; sin embargo permaneció en forma restringida en la Administración, y así ha continuado durante mucho tiempo, porque aún hoy en día tiene un carácter excepcional.

10.2.5.2. **Marco conceptual.** La avocación "es el acto mediante el cual el órgano superior asume por sí mismo la competencia para resolver un **asunto determinado**, de la cual es titular un órgano inferior, por supuesto que ambos órganos deben ser de la misma persona jurídica, porque la avocación es una figura propia de las relaciones intraorgánicas. Al igual que en la delegación también existe una transferencia del ejercicio de competencia, pero de abajo hacia arriba. Y en general se concibe como una consecuencia o efecto del principio de jerarquía que informa a la Administración Pública. Sin embargo la relación ascendente descendente para tratar de plantear una equivalencia entre la avocación y la delegación de competencias no resulta totalmente correcta, porque en la segunda, la transferencia es para un haz de competencias, en cambio, en la primera es para **un asunto determinado**. La doctrina está conteste en que la avocación es una figura excepcional en la organización administrativa, razón por la cual debe estar expresamente contemplada en una norma del Ordenamiento Jurídico, pues de lo contrario resultará inaplicable, por carecer de fundamentación jurídica.

Sin embargo, un sector de la doctrina Argentina (MARIENHOFF, 1964) considera que aun cuando no esté expresamente contemplada legalmente, es posible su aplicación en los casos en que se establece una competencia genérica a un Ministerio, porque se configura una presunción de competencia a favor del Ministro, lo que permite que éste en su carácter de superior jerárquico pueda asumir la competencia del inferior, siempre que dicha competencia no le haya sido atribuida por ley directamente a ese órgano inferior.

Pensamos que esta tesis del autor argentino debe ser rechazada, pues la avocación pasa de figura excepcional, porque debe estar expresamente prevista en la ley, a figura organizativa residual, en el sentido de que la falta de asignación específica de competencia a los órganos inferiores, habilita al superior para avocarse. Por lo demás esa asunción de competencia del Ministro no constituye una verdadera avocación, ya que precisamente el fundamento teórico de esta fórmula organizativa radica en que una competencia aparezca asignada previamente a un órgano inferior, pues esa es la única manera de que a ese órgano le pueda ser sustraído el ejercicio de esa competencia para un asunto determinado. A mayor abundamiento cabe señalar que ni aún admitiendo la validez teórica de la tesis del autor argentino, la misma resultaría aplicable en Venezuela, porque el artículo 27 de la LOAP, como lo señalamos anteriormente, regula en forma precisa los casos de atribución de competencia genérica o sin determinación orgánica, pautando que corresponderá ejercer la competencia a la unidad administrativa con competencia por razón de la materia y el territorio, del segundo nivel jerárquico del órgano.

El citado autor estima que también debe operar la avocación, aunque no exista previsión normativa que la consagre, cuando el Ordenamiento no conceda, en forma general, el recurso jerárquico contra los actos administrativos, puesto que de no existir el mencionado recurso, el superior carecería de competencia para realizar la revisión de los actos emanados de los órganos inferiores, lo que además atentaría contra el derecho a la defensa de los administrados. Evidentemente que tampoco

esa es la situación de nuestro país, por cuanto el artículo 95 de la LOPA establece la regla de la impugnabilidad de todo acto administrativo, mediante el recurso jerárquico, previo ejercicio, según el caso, del recurso de reconsideración.

En fin, aun cuando se admitiese como válida la tesis de Marienhoff sobre la procedencia de la avocación en ausencia de una norma que la establezca, de todas maneras, por las razones antes expuestas, en nuestro Ordenamiento únicamente procederá sobre la base de que una norma la consagre expresamente. Por tanto, como regla general puede sostenerse que en la Administración venezolana hasta el año 2001 no aparecía consagrada la figura de la avocación. Sin embargo, igualmente debe reconocerse que tal regla no constituía un obstáculo para su eventual consagración, en términos generales, como en efecto se hizo en la Ley Orgánica de la Administración Pública, la cual en tal sentido prescribe en su artículo 41.

> *Art. 41 "El Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los ministros o ministras, los viceministros o viceministras, los gobernadores o gobernadoras, los alcaldes o alcaldesas y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, podrán avocarse al conocimiento y resolución de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente, o por delegación a sus órganos jerárquicamente subordinados cuando razones de índole técnica, económica, social, jurídica o de interés público lo hagan pertinente.*
>
> *La avocación comprende las actividades materiales y las decisiones que correspondan al ejercicio de las atribuciones aplicables al caso, de conformidad con las formalidades que determinen la presente Ley y el reglamento respectivo.*
>
> *En todo caso, la avocación se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el proce-*

dimiento, si fuere el caso, con anterioridad al acto administrativo definitivo que se dicte.

Contra el acuerdo de avocación no operará recurso, aunque podrá impugnarse en el recurso que, en su caso, se interponga contra el acto administrativo definitivo que se dicte".

Cabe advertir que el dispositivo transcrito repite casi textualmente el artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo de España, por lo cual en su análisis resulta importante el marco doctrinario elaborado en ese país. En ese sentido, lo primero que se observa es que debido al carácter excepcional de la figura bajo examen, impone que su procedencia está sujeta al cumplimiento de un conjunto de requisitos que taxativamente enumera el precepto de la LOAP, a saber: a) la existencia de circunstancias (económicas, técnicas, sociales, jurídicas o territoriales) que aconsejen su adopción. Solamente es preciso señalar que los legisladores venezolanos agregaron la circunstancia relacionada concerniente al interés público, el cual debe recordarse es un concepto jurídico indeterminado, cuya invocación por el jerarca de una manera no ajustada a dicho concepto, puede llegar a atentar contra el mismo principio de legalidad concretado en el proceso de asignación de competencias. En efecto, bastará esa invocación para sustraerle al órgano competente inferior su competencia para decidir determinado asunto, mediante la avocación. Desde luego, que una figura tan excepcional como ésta no debería estar condicionada a la calificación discrecional de un asunto por parte del jerarca como de interés público, así lo entendieron los españoles y se abstuvieron de enumerar esa circunstancia.

b) Debe privar una relación de jerarquía entre el órgano avocante y el que tiene asignada la competencia, sin que de conformidad con la previsión legal esa relación tenga que ser inmediata, como ocurre con la delegación, pudiendo entonces producirse la avocación "per saltum" c) la avocación puede recaer sobre un asunto que entre en la esfera de com-

petencia del inferior, bien por asignación o por delegación; d) el acto de avocación debe estar motivado; motivación que en todo caso tiene que fundamentarse en una o varias de las circunstancias antes mencionadas; e) el acto de avocación debe ser notificado a todos los interesados en el procedimiento antes de que se resuelva el fondo del asunto y; e) solamente puede impugnarse el acto o acuerdo de avocación conjuntamente con la resolución que sobre el fondo del asunto dicte el órgano avocado.

En verdad, la lectura y análisis de la norma transcrita conduce a pensar que pese a los riesgos que puede llegar a comportar la consagración por primera vez, en forma general, de esta fórmula organizativa en nuestro ordenamiento jurídico, debido a eventuales sesgos arbitrarios, sobre todo con la inclusión del interés público, como circunstancia que condiciona su procedencia, así como a la "partidización" que suele afectar a la Administración Pública, que la misma resulta necesaria, pues en no pocas oportunidades razones de la naturaleza indicada en el dispositivo transcrito, imponen que el superior jerárquico asuma, en ciertos casos, determinadas competencias del inferior, para imprimirle mayor celeridad y eficacia a la actividad administrativa y preservar de esa manera los intereses generales tutelados por la Administración. Si se quiere que efectivamente la avocación sea una figura importante en el proceso de optimización de la función pública, es necesario que los jerarcas lleguen a entender que la misma tiene un carácter excepcionalísimo, y no la conviertan en regla en casos delicados, utilizando como burladero el concepto jurídico indeterminado, que no debió incluirse en el precepto, del interés público.

Conviene destacar que hace bastante tiempo está prevista en Venezuela la "avocación judicial". En efecto, el artículo 42, numeral 29, en concordancia con el 43 de la aún vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece que la Sala Político Administrativa de la extinta Corte, hoy del Tribunal Supremo de Justicia, puede solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue conveniente. Esta amplísima fa-

cultad discrecional, pese a que fue limitada parcialmente por la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, sigue siendo amplísima, al punto que la Sala Político Administrativa ha interpretado que esa facultad no tiene límites materiales, razón por la cual ha llegado hasta a avocarse al conocimiento de un asunto de naturaleza penal.

Sin dudas que esta "avocación judicial" resulta sumamente discutible, porque pareciera encontrar su base de sustentación en la desconfianza en otros Tribunales, a los cuales la ley erige en jueces naturales, atribuyéndole la competencia por la materia. No obstante todo indica que se mantendrá durante mucho tiempo, pues se repite en el Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que al parecer presentará el Tribunal Supremo de Justicia a la Asamblea Nacional. Haciendo abstracción de esa discusión, lo que debe destacarse es que la figura de la avocación judicial, obedece a la misma connotación conceptual de la avocación intraorgánica explicitada precedentemente.

Finalmente, es necesario diferenciar la avocación de otras fórmulas organizativas. Así por ejemplo, no se avoca el Ministro cuando conforme a lo preceptuado en la LOPA, resuelve un recurso jerárquico, pues para que el Ministro ejerza esa competencia se requiere que el inferior haya previamente ejercido la suya, la cual incluye, por regla general, la decisión del correspondiente recurso de reconsideración. Por otro lado, la avocación se origina en un acto del superior, en tanto que el recurso jerárquico tiene que ser interpuesto por el interesado. También se diferencia de la delegación de atribuciones, no sólo porque en ésta se da una transferencia descendente de la competencia, y en aquélla una ascendente, sino sobre todo porque en la delegación se transfiere la competencia para todos o varios asuntos de una misma clase, en cambio, en la avocación la competencia es transferida para un asunto determinado.

10.2.6. **La suplencia.** Muy vinculada con la competencia está la figura de la suplencia, la cual en ningún caso entraña transferencia o desviación de la competencia, pues afecta al elemento subjetivo del órga-

no. Se configura esta fórmula organizativa mediante la sustitución temporal del titular del órgano, por otro, debido a la imposibilidad del primero para ejercer las funciones, en virtud de razones sobrevenidas, como por ejemplo enfermedad, vacaciones, renuncia, etc. De otra parte, es necesario reiterar que la suplencia no afecta para nada a la competencia del órgano, pues el suplente, salvo previsión expresa en contrario de la Ley, asume todas las competencias del órgano, y por ende, las que ejercía el titular suplido, lo que constituye la regla en esta materia. En fin, la suplencia no modifica la competencia del órgano, sino más bien permite la continuidad de su ejercicio.

En Venezuela no existe una disciplina legal general regulatoria de esta figura, ni siquiera en la Ley de Carrera Administrativa, pero en cambio encontramos normas dispersas que estatuyen para casos particulares como deben ser suplidos los titulares de los órganos, verbigracia la contenida en el artículo 234 de la Constitución que señala al funcionario (Vicepresidente Ejecutivo) que deberá **suplir** al Presidente de la República en caso de faltas temporales, el caso de la especie de falta temporal especial a que se contrae el artículo 233, primer aparte, ejusdem, derivada de la falta absoluta del Presidente de la República antes de la toma de posesión, que corresponde cubrirla al Presidente de la Asamblea Nacional.

Cuando los titulares de los órganos administrativos acceden a los cargos mediante elección, generalmente los correspondientes instrumentos normativos que regulan el proceso electoral o la organización y funcionamiento de la persona jurídica u órgano suelen regular o disciplinar la figura de la suplencia. Así por ejemplo, los artículos 38, 39 y 40, numeral 1, de la Ley de Universidades, que estatuyen que el Vice-Rector Académico debe suplir las faltas temporales del Rector, el Vice-Rector Administrativo las del Académico, y el Secretario las del Vice-Rector Administrativo.

Finalmente, coincidimos con H. RONDÓN DE SANSÓ (1981), en el sentido de que existe un vacío normativo en materia de suplencia,

puesto que ninguna disposición la regula en forma general, ni siquiera la LOPA contiene una mínima disciplina sobre dicha figura organizativa, situación que en nuestro criterio ha conducido a un conjunto de extralimitaciones, muchas de las cuales rayan en la arbitrariedad, al momento de cubrir las faltas temporales o absolutas de los titulares de órganos administrativos, ya que suele utilizarse la figura del "encargado" que, desde el punto vista jurídico, no es más que un suplente, pero que permite soslayar el uso de dicho término, a los fines de justificar la designación de personas que, muchas veces, no reúnen los requisitos exigidos por la Ley al titular.

En ese orden de razonamiento cabe señalar que a menudo se observa que en las Universidades se designan como "encargados" de las Direcciones de Postgrado a profesores que no están ubicados en la categoría del Escalafón que exigen los Reglamentos para acceder a dicho cargo; por ejemplo, Instructor, o un contratado, o también se acostumbra a nombrar Directores de Escuelas "encargados", a docentes temporales, es decir, que ni siquiera han presentado el respectivo concurso. Igualmente se suele utilizar la figura del "encargado" "sine die", con la finalidad de colocarlo en una especie de "capitis deminutio", poniéndolo casi al servicio del jerarca y no de la institución, o con la intención de obviar un requisito, por ejemplo la aprobación del nombramiento por parte de un órgano colegiado, que por razones políticas no puede obtenerse.

Sería el caso del Superintendente de Bancos o el Presidente del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, quienes durante la vigencia de la Constitución de 1961 eran designados por el Presidente de la República, con la autorización del Senado mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros y ahora si las disposiciones de la Ley de Bancos y otras Instituciones Financieras, resultan compatibles con la Constitución de 1999, se requeriría esa misma mayoría calificada, pero de la Asamblea Nacional. Por supuesto que al nombrarlos con el carácter de encargados no se exigía la autorización del Senado, y tampoco ahora se exigiría, de resultar compatible la mencionada ley con la

Constitución, la autorización de la Asamblea Nacional. Por esas razones, estimamos que debe regularse la suplencia en la Administración Pública, mediante una norma general, que podría estar incluida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por último debe hacerse notar que **la suplencia,** lamentablemente no aparece contemplada en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.

10.2.7. **La sustitución interorgánica.** Es una figura excepcionalísima que a su vez constituye una derogatoria del principio de la improrrogabilidad de la competencia, puesto que consiste en la traslación de la competencia de un órgano que previamente es **disuelto** a otro órgano de la misma Administración. De modo pues, que la disolución del órgano es el primer paso para que se configure la sustitución interorgánica, como aparece regulado, de manera excepcional, en el artículo 61 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local Española, en el que se autoriza al Gobierno a disolver los órganos de una entidad local, es decir, a la privación del mandato de sus integrantes, los cuales acceden al mismo mediante elección, caso en el cual las competencias del órgano disuelto pasan a ser ejercidas transitoriamente por un órgano denominado Comisión Gestora, hasta tanto se realicen nuevas elecciones.

Obsérvese que en la Ley Española se configura efectivamente una traslación de competencia, mediante la sustitución de un órgano por otro, en virtud de que las competencias que la Ley le asigna al órgano disuelto pasan a ser ejercidas por otro órgano de la misma administración. Dicha fórmula organizativa resulta inexistente en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Es cierto que la ley Orgánica del Sufragio de 1993 en su artículo 24 facultaba al entonces Consejo Supremo Electoral para **disolver** a cualquiera de los órganos electorales con la finalidad de restablecer el equilibrio en el mismo, mediante la designación de uno nuevo, lo que revela que no se llegaba a configurar desviación alguna de competencia, puesto que el mismo órgano electoral, después de "disuelto" continuaba ejerciendo las competencias que le asignaba la ley.

En realidad, el citado artículo 24 de la Ley Orgánica del Sufragio (LOS) en lugar de una "disolución orgánica", lo que regulaba era simplemente una remoción o destitución de la totalidad de los titulares del órgano colegiado (organismo electoral), a los cuales debía sustituir inmediatamente para poder garantizar la continuidad del proceso electoral, y éste es un método totalmente ajustado a derecho, normal en el caso de los órganos colegiados de la Administración Pública, cuyos titulares acceden al cargo por designación, sin que por ello se justifique denominarlo "disolución orgánica", como erróneamente aparecía en el artículo 24 de la LOS. Aparte de la imprecisión terminológica y conceptual presente en el aludido dispositivo normativo, importa insistir en que el mismo no regulaba traslado o transferencia alguna, que al fin y al cabo es la variable indispensable, articulada lógicamente a la previa disolución del órgano, que permite, según la doctrina española, hablar de "sustitución orgánica".

Por supuesto, que la inexistencia de esta fórmula organizativa en el Ordenamiento venezolano, no impide si se considerara conveniente a los fines de optimizar el funcionamiento de la Administración Pública, que pueda consagrarse como una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, bien en una ley general de procedimientos administrativos, o de manera puntual en leyes especiales.

Finalmente, es necesario advertir que en Italia el concepto de sustitución o subrogación interorgánica obedece a otro marco teórico, pues está fundamentada esencialmente en el principio de jerarquía normativa, y consiste en que un órgano superior, cuando así lo establezca la Ley expresamente, puede asumir la competencia de un órgano inferior, cuando éste incumpla con el deber de ejercerla. El Consejo de Estado se ha encargado, por vía jurisprudencial de contornear esta fórmula organizativa, condicionando su procedencia al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que el órgano superior previamente notifique al inferior acerca de su deber de ejercer oportunamente la competencia que le atribuye la Ley; b) que la competencia sea, como ocurre

en la mayoría de los casos, de ejercicio obligatorio, y c) que el poder sustitutivo del superior esté expresamente previsto en la Ley.

Cuando se compara la figura en España y en Italia se nota una diferencia significativa, ya que si bien en el primer país constituye una excepción a la improrrogabilidad de la competencia, tiene un carácter restringidísimo, porque supone la disolución previa de un órgano de elección popular; en cambio, en el segundo país el presupuesto de hecho, en lugar de la disolución orgánica, acto de mucha gravedad, es la negativa o la abstención de cualquier órgano inferior a cumplir un deber que le impone la Ley. Pero en ambos debe estar expresamente prevista en la Ley, y constituye una clara expresión de desviación o transferencia de la competencia. En nuestro criterio si las fórmulas organizativas son consagradas para lograr el cumplimiento de los fines institucionales encomendados a los órganos administrativos, y en definitiva como tantas veces hemos repetido para optimizar el funcionamiento de la Administración Pública, pareciera más conveniente y útil, si alguna vez se pensara en introducir en el Ordenamiento Venezolano, la sustitución interorgánica, optar por la basada en la connotación conceptual elaborada por la doctrina italiana.

Cabe destacar que la **sustitución interorgánica no aparece contemplada en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001**.

10.2.8. **La encomienda de gestión.**

10.2.8.1. **Marco conceptual.** Esta fórmula organizativa aparece consagrada en la Ley Española 30-1992, de 26 de noviembre, denominada “ De Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, y en criterio de GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA (1993) “...constituye la mayor novedad de la Ley 30-1992 con respecto a la regulación anterior. Aquí los límites entre la desconcentración y la descentralización se superan, en cuanto que el objeto de la encomienda puede transferirse tanto a órganos admi-

nistrativos como a entidades de Derecho Público con personalidad distinta de la Administración encomendante". Es preciso advertir que a los efectos de acelerar el proceso de descentralización, esta fórmula organizativa se intentó, y de hecho se aplicó en Venezuela, bajo la denominación de encomienda de competencia. Por esa razón conviene revisar sucintamente esa experiencia, para posteriormente examinar su regulación en la Ley Orgánica de la Administración Pública de septiembre de 2001.

10.2.8.2. **La pretendida consagración de la encomienda de competencia en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD).** El artículo 22 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD), prescribe:

> *"El Gobernador, además de ser el Jefe del Ejecutivo de su Estado, es agente del Ejecutivo Nacional en su jurisdicción y como tal le corresponde:*
>
> *1º. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y leyes de la República, y ejecutar y hacer ejecutar las órdenes y resoluciones que reciba del Ejecutivo Nacional;*
>
> *2º. Colaborar con el Poder Público Nacional en la realización de los fines del Estado venezolano;*
>
> *3º. Coordinar la acción de las diversas dependencias de la Administración Pública Nacional Central o Descentralizada, que actúen en su jurisdicción;*
>
> *4º. Participar en los órganos del sistema nacional de planificación del desarrollo económico y social;*
>
> *5º. Participar en los órganos del sistema nacional de regionalización administrativa y actuar como agente del proceso de regionalización; y*

*6º. Cumplir las demás funciones que le atribuyan las leyes y le **ENCOMIENDE** el Ejecutivo Nacional"* (énfasis añadido).

De lo dispuesto en el artículo 22, ordinal 6º de la LOD, y especialmente del término destacado en negrillas, de dicho dispositivo normativo, se llegó a la conclusión de que en Venezuela estaba consagrada legislativamente, lo que en España se ha denominado encomienda de gestión, y aquí la Administración Pública Nacional en el "Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993" (Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización), denominó encomienda de competencias (p. 909). Pero debe advertirse que la tesis sobre la consagración de dicha figura no se quedó en un simple ejercicio académico, pues la misma sirvió de fundamento a la extensa regulación de la encomienda de competencia en varios Reglamentos de la LOD, entre los cuales cabe destacar los siguientes: Reglamento Parcial Nº 5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias sobre desconcentración de atribuciones en materia de transporte, tránsito terrestre y vigilancia de la circulación a los Gobernadores de Estado (Decreto Nº 3121 del 2-9-93); Reglamento Parcial Nº 8 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias sobre encomienda a los Gobernadores de Estado en materia de administración de cárceles nacionales (Decreto Nº 3188 del 7-10-93); Reglamento Parcial Nº 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre (Decreto Nº 3177 del 30-9-93); el Reglamento Parcial de la Ley de Protección al Consumidor y de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, sobre **encomienda** a los Gobernadores de Estado y sobre **delegación** a los gobiernos municipales de las atribuciones de fiscalización y control del alza indebida de precios y de defensa y protección al consumidor (Decreto Nº 3184 del 7-10-93), y el Reglamento Parcial de la Ley de Turismo y de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias sobre encomienda a los Gobernadores de Estado de atribuciones en materia de turismo (Decreto Nº 3304 de 22-12-93).

Cabe advertir que la fundamentación de la tesis sobre la aplicación de la encomienda de gestión –de competencia– resultaba muy precaria, por no decir inexistente, pues sólo del INFORME SOBRE LA DESCENTRALIZACIÓN EN VENEZUELA 1993. (Memoria del Dr. Allan Brewer Carías, Ministro de Estado para la Descentralización. Junio 1993-febrero 1994), pueden derivarse atisbos de la misma, cuando expresa:

> *"con motivo del proceso de Descentralización, se puso en evidencia que muchas actividades cumplidas por los órganos del Poder Nacional, podrían ser desarrolladas con mayor eficiencia a nivel de los gobiernos de los Estados, pero no les podían* ser transferidas *en* los términos *establecidos en la Ley Orgánica, pues no estaban enumeradas ni en el artículo 4 (competencias concurrentes ni en el artículo 11 (competencias exclusivas) de la Ley Orgánica".*

En consecuencia, para poder asignarle a los Gobernadores actividades en materia como tránsito terrestre, administración de cárceles, protección y defensa al consumidor o turismo, se acudió a la figura de la **encomienda prevista en la Ley**.

Lamentablemente el referido informe da por sentado, sin ningún estudio ni análisis, que la encomienda de competencia está prevista en el artículo 22, ordinal 6º, de la LOD. Tampoco existe definición alguna en los Reglamentos Parciales de la Ley Orgánica de Descentralización. Por tanto, se impone intentar extraer sus rasgos principales de los mencionados instrumentos normativos, adoptando como modelo el Reglamento Parcial Nº 5 de la LOD, en materia de tránsito y transporte suburbano e interurbano. Esos rasgos son los siguientes:

a) Conforme a lo dispuesto en el artículo 1º del Reglamento, mediante Resolución del Ministro, éste podía encomendarle a cada Gobernador de Estado, en su carácter de agente del Ejecutivo Nacional, las competencias relativas a tránsito terrestre, pero también podía –

según lo que se desprende de los Reglamentos– **encomendarles** cualesquiera otras materias de la competencia exclusiva del Poder Nacional, no transferidas en la LOD. En consecuencia, se encomendaban competencias sin distinguir entre actividades materiales, técnicas o de servicio, y actividades jurídicas. Esto es tan cierto que en el artículo 1º del Reglamento escogido a los fines del análisis, se encomendó a los Gobernadores el ejercicio de competencias que implicaban la realización de actividades típicamente jurídicas, entre otras: La fijación de las tarifas que debían cobrarse por concepto de depósito y arrastre de vehículos, las autorizaciones concernientes a las operaciones de servicio de estacionamientos de vehículos procesados por las autoridades administrativas de transporte y tránsito terrestre, el otorgamiento de licencias para conducir vehículos automotores, el registro de conductores y el cobro por dichos conceptos.

Al lado de las actividades jurídicas se encomendaron actividades materiales como: la señalización y demarcación de las vías públicas urbanas e interurbanas, el control de las operaciones de servicio público de personas en rutas urbanas e interurbanas, etc. En definitiva, la encomienda de competencias, como se denomina en el Informe en comento, estaba referida fundamentalmente al ejercicio de competencias típicamente jurídicas, pero debe destacarse que la misma no aparecía sujeta a ningún tipo de condicionamiento, como en el caso de España, país en el que la Ley establece como requisitos de procedencia, razones de eficacia, o la no posesión de los medios idóneos para realizar las actividades transferidas, por parte del órgano encomendante.

b) La encomienda de competencias, a diferencia de la encomienda de gestión que opera tanto de órgano a órgano de una misma Administración, como de órgano a órgano de Administraciones distintas, operaba únicamente de Administración a Administración, o mejor de persona jurídica a persona jurídica, es decir, del Poder Nacional (República) a los Estados, lo que en realidad es una diferencia meramente formal, porque se sabe que la encomienda de gestión es una fórmula organizativa tanto

de naturaleza intraorgánica como intersubjetiva, y corresponde al Ordenamiento Jurídico optar por una u otra, o por las dos simultáneamente.

c) En el Reglamento se evidencia una contradicción en lo atinente a la extensión de la transferencia de la competencia, porque parecía que se transfería a la vez el ejercicio y la titularidad de la competencia encomendada, a diferencia de lo que ocurre en España, país en el cual la Ley prohíbe el traslado de la titularidad, así como de los aspectos sustantivos del ejercicio de la competencia, ya que el citado Reglamento, por una parte, establecía que en cualquier momento el Ministro encomendante podía dictar instrucciones para el mejor desarrollo de los servicios correspondientes a las competencias encomendadas, y en el caso de que los Gobernadores no atendieran las instrucciones y observaciones, tenía la facultad de revocar total o parcialmente la encomienda conferida, lo que revela que se transfería el ejercicio (art. 5º). Pero al mismo tiempo, en el artículo 6º, estatuía que contra los actos que dictasen los Gobernadores, procedía el recurso jerárquico ante el Ministro, después de ejercido el recurso de reconsideración ante el propio Gobernador, razón por la cual los referidos actos eran imputados al Gobernador, en virtud de que se les transfería la titularidad de la competencia, poniendo de manifiesto la contradicción insalvable señalada al principio del párrafo.

d) La encomienda de competencias se formalizaba, al igual que la encomienda de gestión, mediante convenios interadministrativos que suscribían el Ministro y la Gobernación correspondiente. Una vez suscrito el convenio, el Ministro dictaba la Resolución por la que se efectuaba la encomienda acordada. El único requisito de los convenios, exigido por el Reglamento, consistía en determinar el contenido de los informes que debía presentar trimestralmente el Gobernador al Ministro, sobre las actividades cumplidas en ejercicio de las competencias encomendadas.

A la luz de las observaciones anteriores utilizando como modelo la normativa española, puede afirmarse que existe una distancia bastante grande entre la encomienda de gestión española, que al parecer intentó

trasladarse al ordenamiento venezolano, y la figura de la **encomienda de competencias**, a que en términos telegráficos se refiere el aludido informe, pero que sin embargo tuvo una aplicación (con la emanación de los Reglamentos) en el año 1993 bastante significativa.

10.2.8.3. **La carencia de fundamentación de la tesis que permitió aplicar la fórmula organizativa denominada "encomienda de competencias", utilizando como fundamento normativo el artículo 22, ordinal 6° de la LOD.** Hay que reconocer que la tesis de la existencia de la encomienda de competencias, pese a su precaria fundamentación, encontró durante la Presidencia de Ramón J. Velásquez una intensa aplicación, la cual continuó en los inicios de la segunda presidencia de Rafael Caldera, para posteriormente, tal vez porque los administradores no estaban muy convencidos de su legalidad, ir cayendo en "el desuso", por parte de la Administración. Ahora bien, siempre fuimos contrarios a dicha tesis, en virtud de que sobre la base del análisis realizado en los puntos anteriores, sosteníamos que no resultaba ni resulta posible predicar la existencia de la encomienda de competencias, atendiendo exclusivamente a lo dispuesto en la norma aludida en el epígrafe, por las siguientes razones:

a) Los documentos constitutivos de los antecedentes legislativos demuestran que los legisladores en ningún momento intentaron, a los efectos de optimizar el proceso de descentralización, incluir la figura de la encomienda de gestión o de competencias, pues tal finalidad no es posible derivarla ni de la Exposición de Motivos, ni de las discusiones que se dieron en ambas Cámaras. Además se puede pensar que la inclusión de una figura tan novedosa, y por demás controversial, dada la distribución competencial que figuraba en la Constitución, que la Ley delimitó en exclusivas y concurrentes, seguramente habría generado algún debate, por lo menos en el seno de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados que redactó el proyecto, o de la Comisión de Política Interior del Senado que le dio la redacción que tiene en la Ley vigente, o del propio Senado, debate que no se produjo en ninguna de esas instancias

parlamentarias, todas ellas fundamentalmente de discusión, pero aún más, no aparece en los documentos legislativos referencia alguna a esa figura, inclusive su denominación es de nueva data, ya que es el producto del proceso de elaboración de los Reglamentos Parciales de la LOD, lo que ocurrió cuatro años después (septiembre-diciembre de 1993) de la promulgación de ese texto legislativo. Hasta entonces –extrañamente– nadie se había percatado que con el término "encomiende" utilizado en el ordinal 6º del artículo 22 de la LOD, aludía a la para entonces novedosísima fórmula organizativa en comento.

Por otro lado, el modelo sobre el cual, a finales de 1993, se introduce la encomienda de competencias, en los Reglamentos Parciales de la LOD, esto es, la encomienda de gestión, era una figura novedosísima del Derecho Español que aparece por primera vez en la citada Ley 30-1992, publicada en el Boletín Oficial del Estado Español el 27 de noviembre de 1992, la cual entró en vigencia tres meses después; por lo tanto, si la LOD fue sancionada en diciembre de 1989, resultaba bastante improbable que los legisladores venezolanos conocieran dicha fórmula organizativa, lo que por lo demás queda corroborado por el hecho de que en ninguna de las instancias de discusión ni siquiera resultó mencionada.

b) Se imponía y se impone interpretar el artículo 22, ordinal 6º, de la LOD, en el marco histórico conceptual anteriormente expuesto, y en el contexto en el cual aparece ubicada dicha disposición. Así se observa que la misma forma parte del artículo que encabeza el Capítulo VI denominado "De los Gobernadores como Agentes del Ejecutivo Nacional"; por consiguiente, las funciones que les atribuyeran las leyes, porque ese rol de los Gobernadores fue suprimido en la Constitución de 1999, siempre debían estar limitadas por ese carácter, e igualmente las funciones que les encomendare el Ejecutivo Nacional tendrían que inscribirse dentro de ese límite. Luego, el término "encomiende" debía ser interpretado en su sentido semántico, es decir, como **encargo, o comisión**, mas no como un traslado competencial, máxime si el referido traslado constituye una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, y

ésta era de rango constitucional, como en el caso que nos ocupa. La connotación semántica de encargo o comisión que debe dársele al término "encomiende" que aparece en el artículo en comento, queda demostrada con la disposición contenida en el artículo 23 de la LOD, en la cual se establece la metodología que debía utilizar el Ejecutivo para encomendar el cumplimiento de las funciones a los Gobernadores de Estado, en su carácter de Agentes del Ejecutivo Nacional.

Efectivamente, tal metodología se concretaba en **órdenes y resoluciones** que necesariamente debían emanar del Presidente de la República, y le debían ser comunicadas a los Gobernadores por el Ministro de Relaciones Interiores. Metodología que dista muchísimo del mecanismo mediante el cual se operativizaba la encomienda de competencia en los Reglamentos Parciales de la LOD, y en definitiva, de la encomienda de gestión española que sirvió de base a la redacción de los referidos reglamentos. En suma, la arquitectura de la norma en comento, así como su contenido semántico, derivado de su ubicación en el texto de la Ley (Gobernadores como Agentes del Ejecutivo Nacional) y la inexistencia en los antecedentes legislativos de siquiera un atisbo de la figura de la encomienda de competencias, o de gestión, conduce a postular que se trata de una disposición residual, típica de las normas atributivas de competencias, como es el caso del artículo 22 de la LOD, razón por la cual resultaba y resulta una exageración, por decir lo menos, sostener que en ella se consagraba y se consagra la figura de la encomienda de competencias.

c) Pero si los argumentos anteriores se consideraban insuficientes para negar la consagración de la encomienda de competencias en el artículo 22, ordinal 6º de la LOD, bastaría sencillamente un simple ejercicio lógico para convencerse de la pertinencia de la tesis que propugnamos. Efectivamente, sin dudas, existían y existen competencias exclusivas del Poder Nacional, las cuales sólo podían transferirse a los Estados y Municipios, mediante la Ley especial contemplada en el artículo 137 de la Constitución derogada, por tanto, resultaba un contrasentido que mediante una fórmula organizativa, cuya adopción quedaba a cargo de los

Ministros, se transfirieran competencias exclusivas de ese Poder, que es lo que ocurre en los citados Reglamentos de la LOD, a los Estados.

En otros términos, la interpretación del artículo 22, ordinal 6º, de la citada Ley, postulando que en la misma se consagraba la encomienda de competencias, a los fines, de por vía reglamentaria, trasladar competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados, resultaba un medio poco ortodoxo utilizado para eludir la aplicación del artículo 137 de la Constitución de 1961, que exigía para que se ejecutase la referida transferencia, la aprobación de una Ley especial con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, llegando a modificarse de esa manera mediante un procedimiento administrativo, casi "de facto", la cláusula de distribución de competencias, que servía de base a la existencia del Estado venezolano, sin necesidad de recurrir a la mencionada Ley especialísima, infringiendo a la vez el artículo 137 de la Constitución.

Lo anteriormente expuesto, podía aparecer como una heterodoxia, no obstante, eso es lo que se desprende de todos los Reglamentos de la LOD, en los cuales se creó ex-novo la figura de la encomienda de competencias, así como también del propio informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993 (Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización), antes citado, cuando expresa:

> *"Con motivo del proceso de descentralización y la ejecución del proceso de descentralización, se puso en evidencia que muchas actividades cumplidas por los órganos del Poder Nacional, podrían ser desarrolladas con mayor eficiencia a nivel de los Gobiernos de los Estados, pero NO LES PODÍAN SER TRANSFERIDAS en los términos establecidos en la Ley Orgánica, pues no estaban enumeradas ni en el artículo 4 (competencias concurrentes) ni en el artículo 11 (competencias exclusivas) de la Ley Orgánica.*

> *En consecuencia, para poder asignarle a los Gobernadores actividades en materia como* tránsito terrestre, *administración de* cárceles, *protección y* defensa al *consumidor o turismo se acudió a la figura de la ENCOMIENDA prevista en la Ley".*

Ante tan contundente demostración de la utilización de la encomienda a los fines de transferirle competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados, huelga cualquier otro análisis, o comentario, pues aun en el supuesto de que la encomienda de competencias hubiese estado realmente consagrada en el artículo 22, ordinal 6º, de la LOD, en ningún caso podía usarse para eludir la aplicación del artículo 137 de la Constitución de 1961. Sobre la base de todos los argumentos anteriormente expuestos, no queda más que concluir que en el artículo 22, numeral 6º, de la LOD, el término "encomiende" debía ser interpretado en su acepción semántica, es decir, como comisión o encargo, más no como encomienda de competencias, pues al asumirse esa posición hermenéutica –seguida por la Administración durante el año 1993, sin ningún tipo de fundamentación–, se incurrió en un grave error acerca de la interpretación de la referida norma, el cual se agravó aún más –como también ocurrió– porque sobre la base de dicha interpretación, se dictaron Reglamentos a los fines de transferir competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados y Municipios, eludiendo de esa manera el artículo 137 de la Constitución, lo que en definitiva constituía una flagrante violación al artículo 190, numeral 10 de la Constitución de 1961, debido a que dichos Reglamentos Ejecutivos irrespetaron el espíritu, razón y propósito del artículo 22, numeral 6, de la LOD, y el mismo 137 antes citado. Demás está decir que los citados Reglamentos, al parecer tuvieron poca aplicación, salvo en el período antes indicado, cayendo posteriormente en desuso.

10.2.8.4. **La importancia de consagrar a la encomienda de gestión o de competencias en el Ordenamiento Jurídico venezolano.** Es necesario reconocer que tal vez la pretendida inclusión de la figura de la encomienda de competencias en el ordenamiento jurídico venezolano,

obedeció a los rígidos términos en que fue delineado el proceso de descentralización administrativa en la LOD, y la Administración con la finalidad de acelerar dicho proceso, forzó en demasía, como quedó demostrado, la interpretación del artículo 22, ordinal 6, del citado texto legislativo, incurriendo en el error antes señalado. Tal vez esa situación condujo al desuso de la fórmula organizativa bajo examen. Ahora bien, una vez que entró en vigencia la Constitución de 1999, el nuevo concepto de federalismo condujo a la supresión del rol del Gobernador del Estado como agente del Ejecutivo Nacional, tal como aparecía consagrado categóricamente en el artículo 21 de la Constitución de 1961; por consiguiente, al ser el artículo 22 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público un desarrollo del aludido precepto constitucional, debe admitirse que el mismo quedó afectado por una inconstitucionalidad sobrevenida, conforme a lo dispuesto en **la Disposición derogatoria única** de la Constitución de 1999, y por ende, el pretendido fundamento legal de la encomienda de competencias perdió totalmente su vigencia, razón por la cual hasta el mes de septiembre de 2001 resultaba incontestable la inexistencia de esta figura organizativa en el ordenamiento venezolano.

Ahora bien, en el marco del nuevo proceso de descentralización diseñado en la Constitución, y sobre todo para intentar optimizar el funcionamiento de la Administración Pública en sus diversas ramas y niveles, parecía indispensable consagrar de manera general la encomienda de competencias en Venezuela. Esa necesidad fue percibida por el legislador y en la oportunidad de sancionar la Ley Orgánica de la Administración Pública en septiembre de 2001, la consagró tomando como modelo el citado precepto de la ley española.

10.2.8.5. **La encomienda de gestión en la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en septiembre de 2001.** Como se expresó anteriormente la LOAP incluye en sus artículos 39 y 40 a la encomienda de gestión, en los cuales repite sustantivamente el contenido del artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de España. Esos dispositivos prescriben:

> *Art. 39 "En la Administración Pública Nacional, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios, los órganos de adscripción podrán encomendar, total o parcialmente, la realización de actividades de carácter material o técnico de determinadas competencias a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos para su desempeño, de conformidad con las formalidades que determinen la presente Ley y su reglamento.*
>
> *La encomienda de gestión no supone la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda".*
>
> *Art.40 "Cuando la encomienda se establezca entre órganos de las administraciones de distintos niveles territoriales o entre entes públicos, se adoptará mediante convenio cuya eficacia quedará supeditada a su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en el medio de publicación equivalente estadal o municipal".*

El examen concordado de los preceptos antes transcritos permite derivar los siguientes lineamientos generales de la disciplina de esta fórmula organizativa: a) sólo se pueden encomendar a otros órganos o entes la realización de **actividades de carácter material o técnico** por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos para su desempeño, lo que quiere decir que se trata de una traslación de competencias pero restringida a ciertas categorías específicas de actividades,

excluyendo por tanto, a las demás competencias que no pertenezcan a las referidas categorías. Así por ejemplo, no podrá encomendarse el otorgamiento de autorizaciones, o la potestad de imponer sanciones. Además constituyen presupuestos ineludibles para su procedencia, la demostración, por parte del órgano o ente encomendante, que el objetivo es tornar eficaz las actividades materiales o técnicas encomendadas, o que carece de los medios idóneos para su realización. Por ejemplo, cuando el delegante no posee los medios materiales y financieros para prestar el servicio de correos, o para darle el tratamiento al agua servida.

b) La encomienda puede establecerse entre otros órganos administrativos de distintas personas jurídicas, e inclusive entre Administraciones de distintos niveles territoriales (art. 39, 40). Por tanto, excluye la posibilidad de que la encomienda recaiga sobre personas físicas o jurídicas de derecho privado, e igualmente, a diferencia de lo que ocurre en España, excluye la encomienda de gestión interorgánica, es decir, entre órganos de la misma Administración, por ejemplo de un Ministerio a otro Ministerio, o al servicio autónomo sin personalidad jurídica de otro Ministerio. En realidad no entendemos la razón que privó para excluir a la encomienda de gestión interorgánica, y reducirla únicamente a la intersubjetiva, bien en la Administración de un mismo nivel territorial, que se configura cuando un órgano de adscripción (encomendante) transfiere la competencia (actividades técnicas o de servicio) a un este descentralizado funcionalmente, por supuesto que bajo su control de adscripción, razón por la cual puede ser encomendado tanto un ente público (Instituto Autónomo) como una persona jurídica estatal (empresa del Estado), y a la encomienda intersubjetiva territorial, que se configura cuando un órgano de un ente territorial transfiere al competencia a otro ente territorial, verbigracia de un Ministerio a una Alcaldía.

c) En armonía con lo expuesto en el literal a) la Ley establece que la encomienda de gestión, al igual que la delegación de funciones, no comporta la pérdida de la titularidad de la competencia, ni tampoco de los elementos sustantivos de su ejercicio, e inclusive dispone que toda la

responsabilidad recae sobre el órgano o ente encomendante, el cual deberá dictar todas las resoluciones jurídicas que sean necesarias para servir de soporte a la actividad material o técnica encomendada, o en la cual se concrete dicha actividad.

d) En todo caso la encomienda requiere de una formalización mediante convenios cuando se establezca entre órganos de distintas administraciones territoriales, o entre entes públicos, tal como lo dispone el citado artículo 40, los cuales deben ser publicados en la Gaceta Oficial o en el correspondiente medio de publicación equivalente estadal o municipal. Es preciso advertir que al parecer la ley pretendió excluir de ese mecanismo de formalización, cuando la encomienda se establezca entre el órgano de adscripción, y el correspondiente ente descentralizado funcionalmente, pero al estatuir que la modalidad de encomienda entre entes públicos, obviamente incluyó a la categoría que pretendía excluir, pues no debe olvidarse que el órgano de adscripción lo es de un ente público, bien la República, los Estados y los Municipios, y el órgano de encomendado también lo es de otro ente público (el descentralizado funcionalmente).

Por consiguiente, a la luz de esa aparente inadvertencia de los legisladores, todo el tiempo la encomienda de gestión debe ser formalizada mediante convenios que deben ser publicados en la Gaceta Oficial, lo que en nuestro criterio resulta positivo, porque ello favorece el grado de autonomía funcional que debe detentar todo ente descentralizado funcionalmente, pues de lo contrario fácticamente en vez de un control de adscripción operaría sobre él un control jerárquico. Luce lógico, aunque la Ley no lo diga expresamente que cada Administración, por lo menos la territorial pueda establecer los requisitos de validez de los acuerdos, los cuales tienen que incluir, por lo menos la expresa mención de la actividad o actividades encomendadas, el plazo de duración y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada. Conforme al artículo antes citado el acto de encomienda cobra eficacia con su publicación en el órgano oficial.

Cabe advertir que los legisladores venezolanos se abstuvieron de incluir en la disciplina de la encomienda una disposición de la ley española, la cual estatuye que el régimen antes delineado no resulta aplicable cuando las actividades contempladas encomendadas al órgano o ente, deban ser realizadas por personas físicas o jurídicas de derecho privado, caso en el cual deberá entrar a regir la ley reguladora de los contratos del Estado. Esta hipótesis puede presentarse cuando encomendada una actividad a un órgano administrativo, éste conviene con un sujeto de derecho privado para que realice dicha actividad, pues de esa manera se posibilitaría la elusión de un conjunto de normas, sobre todo en materia de licitaciones, que rigen a los contratos que celebran los entes públicos con los particulares. También prohíbe la norma citada la encomienda a personas o entidades privadas, lógicamente por vía indirecta, como el supuesto antes descrito, de actividades que de conformidad con la ley, deban realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.

10.2.8.6. **La denominada "delegación de gestión".** El artículo 38 de la LOAP, como vimos al estudiar la delegación de firma consagrada en ese mismo dispositivo, hace una simple referencia a una figura que denomina **delegación de gestión**, la cual a diferencia de todas las demás modalidades de delegación no aparece definida. En efecto, el dispositivo normativo bajo examen después de enumerar los órganos delegantes expresa "... **podrán delegar la gestión, total o parcial de determinadas atribuciones a los órganos bajo su dependencia**. Cabe preguntarse cómo se gestiona una competencia total o parcialmente sin llegar a ejercerse. Así por ejemplo si al Ministro le corresponde designar a los Directores Generales de su Despacho, delega esa "gestión" en uno de los Viceministros, resulta claro que este órgano lo que hace es **ejercer** dicha competencia. Y ya hemos dicho que cuando se transfiere el ejercicio de la competencia estamos ante la fórmula organizativa clásica de la **delegación de atribución o de competencia**, sea intraorgánica o intersubjetiva, pero delegación de competencia al fin. O sea, que no resulta posible ni jurídica ni materialmente hacer una diferencia entre gestionar y ejercer una competencia. Distinto es gestionar una actividad material o técnica

que integra la competencia. Así, por ejemplo, si al Alcalde le corresponde ejercer la competencia en materia de tránsito, puede **encomendar** a un instituto autónomo municipal la gestión de los Estacionamientos Municipales o de los parquímetros, pero en cambio, no podría encomendarle que expidiera licencias para abrir estacionamientos particulares, en virtud de que estaría cediendo uno de los elementos sustantivos de la competencia.

De modo, pues, que haber incluido esta figura sin trazar una disciplina que permita diferenciarla de la delegación de funciones, pues tal como está solamente enunciada, no es posible derivar ninguna diferencia, puede generar confusión, inclusive hasta nominalmente con la encomienda de gestión. Pero esa confusión se torna más grave si toma en cuenta que los órganos facultados para "delegar la gestión", son los mismos legitimados para delegar funciones, entonces se puede utilizar la primera, que sustantivamente es igual a la segunda, sin cumplir los requisitos que condicionan la procedencia de ésta. Así, por ejemplo, podrá delegarse la gestión para resolver un recurso jerárquico contra un acto dictado por el delegado, en virtud de que no existe ninguna norma que prohíba la delegación de esa gestión. En cambio, esa prohibición está expresamente prevista en el artículo 35, numeral 2, de la LOAP.

En fin, en la búsqueda de una solución armoniosa a esa disposición de la ley, todo apunta hacia la idea de considerar la inclusión de la misma como una inadvertencia legislativa, constitutiva de una redundancia, de tal suerte que la delegación de gestión y la delegación de competencia intraorgánica, serían figuras conceptualmente idénticas, ambas regidas por la disciplina general de la denominada delegación interorgánica, que en realidad, como expusimos precedentemente, es una delegación de competencia o funciones entre órganos de una misma persona jurídica u órgano complejo.

10.2.9. **Las fórmulas organizativas de naturaleza intersubjetivas que implican transferencia de competencias.** Como quedó dicho al comenzar este capítulo las fórmulas o figuras organizativas operan en

los órganos de una misma personalidad jurídica o de un órgano complejo, pero igualmente operan de persona jurídica a persona jurídica. En razón de que hasta aquí hemos examinado la figura básica de la competencia, así como las fórmulas excepcionales que permiten derogar el principio que la informa acerca de la improrrogabilidad, pero siempre en el ámbito intraorgánico, corresponde estudiar ahora las que operan en el ámbito intersubjetivo, a saber:

10.2.9.1. **La delegación intersubjetiva de competencias**

10.2.9.1.1. **Premisa introductoria.** En principio cabe recordar que en Venezuela la descentralización funcional, consiste en la transferencia de la titularidad de competencias, y por ende, de su ejercicio, de persona jurídica (ente) a persona jurídica, tal como se desprende del artículo 142 de la Constitución en lo atinente a los Institutos Autónomos, el cual prevé que mediante Ley se puede crear uno de estos entes públicos para atender competencias propias del Poder Nacional (República). A esa misma noción conceptual obedece la descentralización territorial, con la diferencia de que el traslado de competencias se produce entre entes territoriales (art. 157 Const.). En cambio, la delegación de funciones o competencias, como lo expusimos anteriormente, es una figura organizativa que comporta únicamente la transferencia **del ejercicio** de la competencia de un órgano a otro órgano, conservando el órgano delegante la titularidad de la competencia.

Los anteriores principios jurídicos de la organización administrativa, o "fórmulas organizativas", como las denomina la doctrina italiana, estudiados en los puntos anteriores de este capítulo, encuentran una regulación insuficiente, pero regulación al fin, en el Ordenamiento Jurídico Venezolano desde hace bastante tiempo; en cambio, la delegación intersubjetiva de competencias resultaba desconocida hasta la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud (art. 10, parágrafo segundo y 29) en 1987, ya derogada.

10.2.9.1.2. **Marco conceptual (la delegación intersubjetiva de competencias en Venezuela).** El sustento teórico de esta figura es idéntico al de la delegación intraorgánica de competencias, ya estudiada en las páginas anteriores, en virtud de que comporta una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia asignada legalmente, con la diferencia de que en este caso el traslado de la competencia es de una persona jurídica a otra persona jurídica, generalmente ambas de carácter territorial. Por tanto, al tratarse de entes territoriales, los cuales en la mayoría de los ordenamientos, ya sea que adopten la forma de Estado Federal o aquella de base regional, están dotados de una gran autonomía, lo que permite inferir que a diferencia de la delegación intraorgánica, la decisión de delegar, salvo disposición expresa de la Ley, basada en principios constitucionales, del ente delegante no tendrá un carácter unilateral, en virtud de que para el perfeccionamiento de la delegación se requerirá la aceptación de los entes territoriales delegados (Estados, Municipios), dada la autonomía que la Constitución les confiere a éstos.

Por supuesto, que una figura organizativa como ésta puede jugar un papel fundamental en el proceso de descentralización territorial, inclusive puede llegar a tener rango constitucional, como ocurre en España, cuya Constitución en su artículo 150.2., la regula así . "Artículo 150 "1. Omissis. 2. El Estado podrá transferir **o delegar** en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación...". Ahora bien, es preciso destacar de una vez, sin perjuicio de que desarrollemos el asunto cuando examinemos la figura de la descentralización, que en el texto constitucional español dicha fórmula organizativa aparece claramente articulada al proceso de descentralización territorial, ya que junto con las denominadas leyes marco conforman el arsenal metodológico de operacionalización de ese proceso, pero solamente del Estado a las Comunidades Autónomas, porque la transferencia de competencias de esas Comunidades a los entes locales (Provincias y Municipios) está regulada por la Ley de Bases de Régimen Local.

La sucinta información anterior obedece a la necesidad de destacar la importancia de esta figura, pero sobre todo resaltar que cuando ella aparece encuadrada en un proceso de descentralización territorial, entonces su regulación –reiteramos– debe tener su basamento en la propia Constitución, y ser desarrollada en instrumentos normativos de rango legal, lo que conduce a pensar en la rigidez que suele caracterizar a dicha regulación, porque finalmente –en la práctica– mediante esos textos legislativos se produce una modificación en el diseño de la cláusula competencial consagrada en la Ley Suprema.

Por tanto, determinar la procedencia de la figura de la delegación intersubjetiva, en los términos antes expuestos, impone en Venezuela el estudio de las normas de la Constitución de 1999 que regulan a la descentralización, razón por la cual parece más conveniente, por motivos didácticos, determinar esa procedencia o improcedencia en el marco del examen de la importante figura de la descentralización. No obstante, de una vez observamos que bajo la vigencia de la Constitución de 1961, se consagró, tal vez de manera episódica y empírica, la delegación intersubjetiva en la derogada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, pero igualmente en 1999 aparece consagrada en el artículo 9 del Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios del 25 de octubre de 1999, que entró en vigencia el 1° de enero de 2000, en los siguientes términos:

> *"Las funciones administrativas inquilinarias* ***son de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional****, y el ejercicio de sus funciones* ***podrá ser delegado por este Poder Nacional a las Alcaldías****, en cuyo caso las multas que aquellas impongan cono sanciones a los contraventores de esta ley, ingresarán al respectivo Tesoro Municipal. En el Area Metropolitana de Caracas* ***estas funciones no podrán ser delegadas,*** *y las ejercerá el Ejecutivo Nacional por órgano de la Dirección general de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura"* (énfasis añadido).

Cabe destacar que el dispositivo transcrito, pese que forma parte de una ley sancionada antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, resulta totalmente compatible con ella, en virtud de que el texto constitucional, en su artículo 178, prevé específicamente la delegación de la materia inquilinaria del Poder Nacional a los Municipios, cuando estatuye: "Son de la competencia del Municipio... **la aplicación de la política referente a la materia** inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de **conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la** materia". De modo, pues que quizás privó en la inclusión de la parte del dispositivo constitucional transcrito, pese a ser la materia inquilinaria de competencia nacional, la cercanía de la misma a los ciudadanos, razón por la cual el constituyente ordenó al legislador que consagrara la delegación intersubjetiva de la República, a los Municipios, en materia inquilinaria, configurándose de esa manera la aludida compatibilidad entre el Decreto ley bajo examen y la Constitución.

Por otra parte, conviene subrayar que el esquema normativo del Decreto ley transcrito, refleja estructuralmente la concepción teórica de la fórmula organizativa bajo examen, debido a que en primer lugar, estatuye que las funciones administrativas inquilinarias son de la **competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Nacional**, y en segundo lugar establece que ese Poder podrá **delegarla** en las Alcaldías, lo que pone claramente de manifiesto la intención de consagrar la delegación intersubjetiva, es decir, la transferencia de una competencia que le ha sido asignada por la Ley a un ente territorial (La República) a otro ente territorial (El Municipio), sin que sea necesario un acto del órgano competente del Municipio mediante el cual acepte la delegación, en virtud de que ésta procede "ope legis".

Por supuesto, que el modelo de delegación intersubjetiva delineado en la norma de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios tiene naturaleza territorial, y su aplicación puede tener un carácter restringido, debido a que como señalamos antes, aparece estrechamente relacionado con el proceso de descentralización territorial. No obstante, consideramos que

la delegación intersubjetiva puede llegar a operar perfectamente, e inclusive con mayor flexibilidad, en cada uno de los niveles en que se articula verticalmente la Administración Pública, entre sus ramas Central y Descentralizada, siempre que así esté expresamente previsto en la Ley. Así, por ejemplo, un Ministerio puede delegar sus competencias en uno de los Institutos Autónomos sobre el cual ejerce el control de tutela, que sería lo normal, pero si así se establece en la Ley, podría hacerlo también en un Instituto Autónomo no sujeto a su control.

Este tipo de delegación revestiría igualmente el carácter de intersubjetiva, sólo que el titular originario de la competencia siempre sería el ente territorial (República, Estados, Municipios) y la transferiría a un ente descentralizado funcionalmente; de allí que podría recibir la denominación de **delegación intersubjetiva no territorial**, y su procedencia estaría sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) debe estar expresamente prevista en un instrumento de rango legal; b) el ente delegante transfiere únicamente el ejercicio de la competencia, mas no la titularidad, razón por la cual ejerce poderes de coordinación y control sobre el ente delegado cuando éste actúa la competencia trasladada. Hay que advertir que en este aspecto sigue abierta la discusión acerca del objeto de la delegación; si es el ejercicio solamente, o es el ejercicio y la titularidad conjuntamente, pues la opción por una de las dos tesis da lugar a consecuencias jurídicas distintas, sobre todo en la materia concerniente a la interposición de los recursos administrativos; c) la delegación debe operar preferiblemente entre uno de los órganos del ente territorial, verbigracia en el caso de la República un Ministerio para un ente público descentralizado funcionalmente (un Instituto Autónomo), sometido a su control, pero nada obsta para que la Ley la establezca en forma general, es decir, sin que medie una relación de control entre los entes, por ejemplo, entre la República y una Universidad Nacional.

d) Por cuanto la delegación se configura entre entes públicos, aun en los casos en que uno de ellos esté sujeto al control del otro, de todas maneras debería el delegado aceptar, mediante el correspondiente con-

venio, la competencia que se le transfiere. En dicho convenio de delegación debería constar por lo menos el contenido, condiciones y duración, así como los mecanismos de control que ejercerá el delegante y; e) la delegación de las competencias del ente territorial, visto que dicha fórmula organizativa tiene como finalidad la optimización en la tutela de los intereses públicos que les son confiados, debe recaer en un ente descentralizado funcionalmente en cuya esfera de competencias se inscriba la materia transferida. Así, si al Ministerio de Infraestructura le corresponde diseñar y ejecutar la política habitacional, y quisiera delegar esa competencia, no lo podría hacer en el Fondo Nacional de Transporte Urbano (FONTUR), sino en el Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI).

Quedaría por ver si esa finalidad general que se persigue con la consagración normativa de esta figura debería operacionalizarse y convertirse en un requisito de procedencia, como lo hace la Ley de Bases de Régimen Local Española, que la condiciona al mejoramiento de la eficacia de la gestión pública y que se alcance una mayor participación ciudadana. Igualmente la ley debería contener un claro pronunciamiento sobre el ejercicio de los recursos contra los actos del delegante, aun cuando obvie el relativo a la transferencia sólo del ejercicio, o del ejercicio y la titularidad.

En todo caso con fines ilustrativos transcribimos los artículos de las dos leyes españolas que regulan la delegación intersubjetiva no territorial:

> *Art. 13.1. de la Ley 4/ 1999, de 13 de enero " Los órganos de las diferentes Administraciones Públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las* ***entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas****"* (énfasis añadido).

Disposición adicional décimo tercera numero 4 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) "Los órganos de la Administración General del Estado ***podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en los Organismos públicos dependientes****, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión.*

La delegación deberá ser aprobada por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por éste cuando sea el órgano máximo de dirección del organismo...".

10.2.9.1.3. **La delegación intersubjetiva de competencias en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.** Cabe reiterar que la ley mencionada en el epígrafe fue sancionada en el mes de septiembre de 2001, y consagró la figura bajo examen en el artículo 33 con la denominación de la **delegación intersubjetiva**. En realidad hasta la segunda discusión del proyecto, el título que recibía el mencionado artículo era el de **delegación de competencia**, y el artículo 34, como se dijo antes, recibía la denominación de **delegación de atribuciones**, lo que generaba una seria confusión porque casi toda la doctrina está conteste en que competencia y atribución son conceptos idénticos, inclusive esa tesis es admitida por Giannini, quien sólo esboza una diferencia de carácter formal, al afirmar que la atribución es un concepto más amplio porque delimita "el ámbito de los intereses públicos confiados a las figuras subjetivas más importantes".

Pues bien, en la segunda discusión uno de los Diputados propuso "**por razones de técnicas legislativas" (sic),** la modificación en el título del artículo proponemos que en vez de la delegación de competencia, diga la delegación intersubjetiva". Esta propuesta de modificación que evidentemente no puede ser considerada como de técnica legislativa, pues aludía a la identificación de los entes que participaban en la delegación, y

no a la figura de la delegación misma resultó aprobada, produciéndose en la ley sancionada el cambio de denominación de delegación de competencia por **delegación intersubjetiva**, y de delegación de atribuciones, por **delegación interorgánica**, privilegiando a los entes y órganos entre los cuales se transfiere la competencia, lo que circunstancialmente obvió la dificultad que se hubiera presentado de mantenerse la diferencia –inexistente– entre atribución y competencia que traía el proyecto, ya que sobre la base de esos nuevos títulos, resulta perfectamente posible establecer la equivalencia entre atribución y competencia.

Hecha la anterior aclaratoria a los efectos de orientar en la interpretación del dispositivo regulador de la delegación intersubjetiva, cabe señalar que el mismo preceptúa:

> *Art. 33. "Las Administraciones Públicas Nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios podrán delegar las competencias que les estén otorgadas por ley a sus respectivos entes descentralizados funcionalmente, de conformidad con las formalidades que determine la presente Ley y su reglamento".*

La lectura del precepto pone en evidencia que en el mismo se consagra a la **delegación intersubjetiva de competencia no territorial**, y ello tal vez se deba a que los legisladores consideraron que la territorial (de la República a un Estado, o de un Estado a un Municipio) requiere una fundamentación expresa de la Constitución que al parecer no existe en la misma. Por supuesto que la posición hermenéutica que se puede asumir sobre este tipo de delegación (territorial), depende mucho de la connotación conceptual que por vía normativa se le otorgue a la figura de la delegación intersubjetiva, porque si se parte de la premisa de que en dicha delegación se transfiere únicamente el ejercicio y no la titularidad de la competencia, en nuestro criterio, resultaría viable consagrarla legalmente, pues en ese caso no se afectarían las cláusulas de distribución competencial consagradas en la Carta Constitucional, porque el ente trans-

firente conservaría la titularidad de la competencia, revistiendo de esa manera la delegación un carácter temporal, y por ende, sería esencialmente revocable por el ente que la transfirió. Desde luego, que la delegación intersubjetiva territorial, como lo expusimos antes, sería un instrumento muy importante para acelerar el proceso de descentralización territorial delineado en la Constitución.

En fin, la consagrada en la Ley fue la no territorial, además formulada, en nuestro criterio, en términos restringidos, en razón de que únicamente opera entre un Ministerio, u órgano de adscripción y un ente descentralizado funcionalmente, sujeto lógicamente al control de adscripción de aquel. O sea, que no resulta posible la delegación intersubjetiva no territorial, entre por ejemplo un Ministerio y un instituto autónomo adscrito a otro Ministerio. Por otro lado, bajo ese esquema en el contexto del ordenamiento jurídico no resulta posible que un órgano administrativo delegue competencias en una Universidad Pública, pues como es sabido estos entes públicos corporativos no están sujetos al control de adscripción de ningún Ministerio.

Por otro lado, debemos advertir que siguiendo el modelo español se legitima a todo ente de la Administración Pública descentralizada funcionalmente como delegatario, es decir, que conforme al dispositivo bajo examen puede revestir ese carácter tanto un instituto autónomo como una empresa del Estado, o una Fundación del Estado, pero al seguir ese modelo los legisladores no se percataron que en España los "organismos públicos", que se dividen en organismos autónomos y entidades públicas empresariales, son definidos en el artículo 1 de la Ley 6/ 1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como **entidades de derecho público**, y en cambio, las empresas del Estado en Venezuela son entes estatales, pero de derecho privado.

La norma bajo examen, tal como aparece redactada, suscita una seria duda al no especificar, como sí lo hace el dispositivo modelo, si lo que se transfiere es **el ejercicio** de la competencia o la titularidad de la

misma, pues la norma española en el marco de la tesis doctrinaria prevaleciente en ese país, se cuida de precisar que se transfiere el ejercicio; en cambio la venezolana alude a la competencia en términos genéricos, es decir, sin establecer ninguna diferencia entre titularidad y competencia. Y la ambigüedad sobre este tema se acentúa aún más, si se toma en cuenta el contenido del artículo 36 de la misma ley (LOAP), denominado **consecuencia de la delegación intersubjetiva**, que estatuye:

> *Art. 36. "La delegación de competencias, en los términos establecidos por esta Ley, transfiere la responsabilidad por su ejercicio al ente delegado. Los funcionarios o funcionarias del ente delegado encargados del ejercicio de la competencia delegada, serán responsables personalmente por su ejecución sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario o funcionaria o de los funcionarios o funcionarias que integren los órganos encargados de su ejecución en dicho ente".*

En realidad la sola lectura del artículo transcrito conduce a sostener que los legisladores parecieran confundir la responsabilidad de los titulares de los órganos en quienes se delega la competencia, con el mecanismo de imputación de los proveimientos y los efectos de los mismos que adopten los órganos delegados. Inclusive se llega a extender esa responsabilidad a todos los funcionarios que presten sus servicios en el órgano del ente delegado, cuando eso resulta absolutamente innecesario, pues por disposición constitucional todos los funcionarios públicos, actúen o no por delegación, son sujetos de responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria.

Sin embargo, es necesario subrayar que si la intención era desarrollar el dispositivo constitucional que consagra el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, pareciera indudable que no debería haber sido el texto de esta ley, esencialmente organizativa, el seleccionado para ese desarrollo, y mucho menos cuando lo que en realidad se pretende disciplinar es uno de los aspectos más sensibles de la figura

organizativa de la delegación de funciones, sea intraorgánica o intersubjetiva, como es el relativo a **la determinación de la imputación de los actos emanados del órgano o ente delegado**, en virtud de que tal disciplina está estrechamente vinculada al punto nodal del concepto de delegación que se maneje, pues si se postula la tesis de que la delegación comporta transferencia de la titularidad y del ejercicio de la competencia, entonces deberá aceptarse que la imputación debe hacerse al delegado; en cambio, si se es partidario de la tesis que propugna únicamente la transferencia del ejercicio, reservándose el órgano transfirente la titularidad, entonces la imputación debe hacerse al delegante. Pero en todo caso, cualquiera de las dos tesis que sea recogida normativamente, excluye su vinculación con el principio de responsabilidad de los titulares de los órganos derivada de su actuación.

La confusión se continúa acentuado cuando se examina el artículo 35 que disciplina tanto a la delegación interorgánica como intersubjetiva de competencias, el cual en sus apartes primero y segundo, establece categóricamente que ambas modalidades de delegación tienen carácter **temporal**, en virtud de que pueden ser revocadas por el delegante, con sólo publicar la correspondiente resolución en la Gaceta Oficial, y que las **resoluciones administrativas se considerarán dictadas por el órgano delegante**, por tanto, cuando se adminiculan dichos dispositivos con los que regulan los “efectos de la delegación intersubjetiva”, originan la confusión ya reseñada entre imputación de los actos del delegado y la responsabilidad del mismo.

Por otra parte, el artículo 37 ejusdem que regula **la consecuencia de la delegación de competencia interorgánica** , como lo hicimos notar anteriormente, preceptúa expresamente que los actos administrativos derivados del ejercicio de la competencia se tendrán como dictados por el delegante. Una disposición similar no aparece consagrada en el caso de la delegación intersubjetiva; luego, por interpretación a contrario, podría pensarse que los actos se tendrán dictados por el delegado, lo que sin dudas tornaría más confuso el panorama normativo y dificultaría la

búsqueda de una tesis interpretativa coherente con el marco conceptual de la delegación intersubjetiva de competencia.

Ahora bien, estimamos que tanto las omisiones, así como las adiciones innecesarias a las que nos hemos referido, que son las que suscitan las dudas y confusiones en torno a la delegación intersubjetiva, se deben a inadvertencias en el seguimiento del modelo normativo español, pero que pueden ser superadas si el intérprete recurre al marco conceptual de la fórmula organizativa, así como a ciertas expresiones contenidas en la LOAP, como por ejemplo, del artículo 36, pese a lo poco claro de la redacción, cuando expresa "La delegación intersubjetiva en los términos establecidos por esta Ley, transfiere la responsabilidad por su **ejercicio** al ente delegado", elementos estos que conducen a sostener que en este tipo de delegación se transfiere únicamente el ejercicio.

Partiendo de esa premisa, cobra sentido la disposición contenida en el artículo 35, segundo aparte, que abarca tanto a la delegación intraorgánica como la intersubjetiva de competencia, que imputa al delegante los actos dictados por el delegado, y permite soslayar en el contexto del mecanismo de la imputación de los efectos del acto de delegación, toda referencia a la responsabilidad personal tanto del titular del órgano delegado como de los demás funcionarios del órgano, razón por cual se puede concluir entonces que en la delegación intersubjetiva de competencia se transfiere solamente el ejercicio de la competencia, y que el órgano transfirente mantiene la titularidad, y los actos del delegado son imputables al delegante, siendo por tal razón los que resultan impugnables administrativa o judicialmente.

10.2.10. **La gestión ordinaria o forzosa o "avvalimento" o "préstamo de órgano".** Esta fórmula organizativa intersubjetiva poco conocida y poco utilizada es conocida en España como "gestión ordinaria o forzosa", en Italia como "avvalimento, " y en Alemania como "préstamo de órganos" (PARADA, 1997), se configura cuando el ente titular de la competencia utiliza para el cumplimiento de actividades técnicas,

ejecutivas, preparatorias, materiales y de servicio, a los órganos de otros entes públicos, conservando la titularidad de dicha competencia, razón por la cual los actos del delegado son imputables al delegante. La característica fundamental de esta figura, que además la distingue de la delegación intersubjetiva territorial, radica en la obligatoriedad por parte del ente delegado de aceptar la competencia que le es transferida, ya que la fuente de dicha obligatoriedad se encuentra en la Ley, y no en un acto del titular de un órgano superior del ente delegante.

Ha de advertirse que se trata de una fórmula organizativa que se instaura únicamente entre entes territoriales, e inclusive llega a estar contemplada en la propia Constitución, como ocurre en el artículo 118. 3. de la Ley Suprema Italiana, que establece el deber de las Regiones de ejercer normalmente sus funciones propias delegándolas a los Concejos Municipales o a otros entes locales, o "utilizando sus órganos" (avvalimento). Un sector de la doctrina italiana ha afirmado que el "avvalimento" es una expresión concreta de lo que suele denominarse Administraciones "abiertas". En todo caso, lo que sí debe ratificarse es que al tratarse de una excepción al principio de improrrogabilidad de la competencia necesariamente debe estar expresamente prevista en la Ley, máxime si le impone la obligación a un órgano de un ente público de ejercer competencias que el ordenamiento le ha asignado a otro ente público. Esta situación ha llevado a un sector de la doctrina española, visto que la figura, a diferencia de lo que ocurre en Italia, no aparece recogida en la Carta Constitucional, a sostener que la Ley que la consagra al infringir la autonomía de los entes locales, presenta visos de inconstitucionalidad.

Esta fórmula organizativa **no parece regulada en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001**.

10.2.11. **La encomienda de gestión.** Como se explicó pormenorizadamente en páginas anteriores también es una figura que permite exceptuar el principio de la improrrogabilidad de la competencia, tanto en relaciones intraorgánicas como intersubjetivas. El basamento conceptual

es el mismo, por lo tanto remitimos a los lectores al punto 10.2.8. de este capítulo, y sólo interesa destacar en este epígrafe la diferencia con la gestión forzosa, pues la encomienda de gestión opera entre órganos de una misma administración y entre entes territoriales, en cambio la gestión forzosa opera únicamente entre entes de la última clase mencionada, pero como es dable imaginarse la diferencia esencial radica en que la aceptación del ejercicio de la competencia en la encomienda, en general, tiene un carácter voluntario, y requiere la suscripción del convenio entre los dos entes públicos (encomendante y encomendado); en cambio en la gestión forzosa, como quedó visto, constituye una obligación establecida expresamente en la Ley.

10.2.12. **Elementos determinantes de la competencia.**

10.2.12.1 **Criterios tradicionales para clasificar la competencia.** Tradicionalmente se han distinguido tres criterios para clasificar la competencia, a saber: la materia, el territorio y el grado, dando lugar a la **competencia material, objetiva** o **funcional, competencia territorial** y **competencia jerárquica.**

a) Competencia material (ratione materiae). Está vinculada a la división de la organización administrativa en varios sectores fundamentales, cada uno de los cuales se atribuye a un Departamento o Ministerio; por tanto, es el resultado de la asignación de competencias entre los diversos Ministerios, en el caso de la Administración Pública Central Nacional, correspondiéndole a cada Ministerio un servicio público determinado, por ejemplo Salud, Trabajo, etc. En términos generales, la competencia material, funcional u objetiva, alude a las materias que entran en la esfera de cada órgano, independientemente de la naturaleza y la jerarquía de ellos, pero en el presente Manual nos referimos a los órganos administrativos, y especialmente a los que integran la Administración Central Nacional.

En ese orden de razonamiento observamos que la LOAC derogada seguía la metodología de establecer la competencia general de cada uno

de los Ministerios, y dejaba a los correspondientes Reglamentos Orgánicos la determinación de la estructura y la especificación de las funciones de los Viceministros y de las demás dependencias que integraban cada Ministerio, o sea, que la asignación de competencias en la Administración Central operaba mediante la LOAC y los Reglamentos Orgánicos de cada Ministerio. En cambio en la LOAP, como lo veremos en detalle en el próximo capítulo, corresponde al Presidente de la República mediante decreto fijar el número, denominación, **competencias y** organización de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional (art. 58), y las **competencias específicas** y las actividades particulares de cada ministerio serán establecidas en el respectivo reglamento orgánico. En definitiva, cada órgano tiene una competencia material que lo distingue de los demás órganos, la cual se le asigna mediante una norma jurídica (ley y reglamento orgánico) y todos actuando coordinadamente intentan alcanzar los fines de la persona jurídica pública.

b) Competencia territorial. Se refiere al ámbito espacial –denominado por algunos autores circunscripción administrativa del órgano– en el cual los órganos actúan las potestades materiales que le han sido asignadas. Es fácil imaginarse que la competencia territorial obedece a un criterio de optimización de las actividades administrativas, dada la amplitud del territorio de la mayoría de los Estados, así como la complejidad y extensión de esas actividades. Hay que tomar en cuenta que cuando la persona jurídica posee un órgano único, aquélla y éste tienen la misma base territorial, pero lo usual es que el ente esté conformado por varios órganos, caso en el cual lo normal es que no coincidan esos ámbitos espaciales, pudiendo dos o más órganos tener asignada la misma competencia material, por lo que el territorio funciona como criterio de distinción. Por ejemplo, las Direcciones de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de los Estados Sucre y Anzoátegui.

c) Competencia Jerárquica. Alude a la distribución de la competencia material en función del grado que ocupa cada órgano en la escala jerárquica de un determinado Ministerio o ente público. Es sabido que en

Venezuela la Administración Central se estructura sobre la base del principio de jerarquía administrativa (art. 28 LOAP); por tanto, los asuntos de mayor importancia se atribuirán a los órganos que ocupan las posiciones superiores en esa estructura piramidal, y así sucesivamente en orden descendente. Dado el principio de improrrogabilidad de la competencia, los órganos superiores no podrán asumir la competencia de los órganos inferiores, ni viceversa, salvo las excepciones anteriormente estudiadas.

10.2.12.2. **Otros criterios de clasificación de la competencia.** Sostiene SANTAMARÍA (1991), "que la problemática de la distribución de competencia tiene hoy otros focos de atención, suscitados por la pluralidad de entes y órganos que potencialmente pueden ser destinatarios de una misma competencia... Aunque hay materias y decisiones que pueden corresponder a la competencia de un solo ente u órgano, los supuestos de coparticipación son cada vez más numerosos y complejos". Por esa razón el aludido autor es partidario de que los criterios tradicionales deben ser complementados con otros, que dan origen a nuevas clases de competencias, como son, entre otras:

a) **Competencia exclusiva, excluyente y concurrente**. La competencia **es exclusiva**, cuando se atribuye a un órgano, independientemente de su ubicación jerárquica, la resolución de uno o varios asuntos, con exclusión de todos los demás órganos. En realidad competencia implica la asignación de un "quantum" de potestad a un órgano, lo que a su vez significa que ese órgano "excluye" a los otros del ámbito de ejercicio de esa potestad, razón por la cual por definición toda competencia es exclusiva, independientemente de la jerarquía del órgano titular. Sin embargo, es necesario destacar que cuando el órgano tiene un carácter subordinado, la exclusión está restringida únicamente al primer nivel organizativo en la estructura jerárquica de la Administración, en virtud de que la consagración de los recursos administrativos impide que la referida exclusión se extienda al máximo órgano de la persona jurídica.

Por esa razón, pese al carácter exclusivo de la competencia, si el órgano decisorio es un inferior jerárquico, nada obsta para que por vía de recurso administrativo, el superior pueda entrar a revisar lo decidido por el órgano que tiene atribuida la competencia exclusiva. Así por ejemplo, si el Director de Comercio del Ministerio de la Producción y el Comercio tiene atribuida la competencia para otorgar licencias para importar vehículos, con exclusión de todos los demás órganos de ese Ministerio, y dicta un acto denegatorio de una solicitud, el interesado puede interponer el recurso jerárquico, con la finalidad de que el Ministro revise esa actuación.

En cambio, la competencia es **excluyente,** cuando se le asigna al máximo jerarca de la organización, o cuando se atribuye a un órgano inferior la resolución de un asunto en forma definitiva, esto es, sin que el superior pueda conocer la materia ni aun por la vía del recurso jerárquico. En otras palabras, la decisión del inferior agota la vía administrativa, posibilitando la interposición inmediata del recurso contencioso administrativo de nulidad (art. 124, ord. 2º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). Esta forma de asignar la competencia a los órganos subordinados es excepcional en el Ordenamiento Venezolano, en virtud de que rompe con el principio de la impugnabilidad, por medio del recurso jerárquico de todo acto administrativo, que no emane del máximo jerarca, recogido en el artículo 95 de la LOPA, cuyo ejercicio resulta obligatorio para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, pero que una vez que sea sancionada la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa resultará opcional, de conformidad con el artículo 7, numeral 9, de la LOAP, y la disposición transitoria séptima ejusdem.

Se pueden citar pocos ejemplos, entre otros, los actos dictados por el Director General de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura atinentes a la regulación de alquileres, los cuales una vez dictados, agotan la vía administrativa (art. 9 y 75 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios), razón por la cual no pueden ser reexaminados por el Ministro de Infraestructura, quedándole a los interesados únicamente la vía jurisdic-

cional a los fines de su revisión. Igualmente, la Ley de Mercados de Capitales contiene un dispositivo normativo , el cual establece que las decisiones de la Comisión Nacional de Valores serán recurribles por ante el órgano competente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, que contra ellas, con excepción de las que imponen sanciones pecuniarias, no procede el recurso jerárquico ante el Ministro de Finanzas. Un caso similar de competencia excluyente aparece regulado en el artículo 51 del Decreto ley de la Función Pública de Estadística.

La competencia **concurrente** constituye una excepción al principio de que toda competencia es exclusiva, y se configura cuando la misma es atribuida de manera simultánea y no excluyente a varios órganos o entes públicos. El ejemplo más emblemático aparece regulado en el artículo 4º de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en el cual se enumeran dieciocho competencias a cuyo ejercicio concurren el Poder Nacional y los Estados, destacándose entre ellas, la educación y la salud pública, algunas de las cuales pasaron a ser, por disposición de la Constitución de 1999, competencias exclusivas de los Estados.

b) **Competencia conjunta y alternativa**. La competencia es **conjunta,** cuando dos o más órganos o entes, deben actuar obligada y forzosamente sobre una materia que entra por igual en sus esferas de competencias, pero que es tratada desde perspectivas distintas. Son ejemplos de este tipo de competencia las Resoluciones conjuntas de dos o más Ministerios. La otra modalidad de esta clase de competencia puede presentarse cuando el ejercicio de la misma se articula en fases sucesivas, dando lugar a un procedimiento complejo o bifásico, como lo denomina la doctrina española. La competencia **alternativa** es una especie de modalidad de la concurrente, porque la competencia es asignada a dos más órganos, pero en forma excluyente, de tal manera que si uno la ejerce, el otro queda inhabilitado para hacerlo. Ejemplos de este caso suelen encontrarse en materia de licencias urbanísticas, cuyo otorgamiento se atribuye a titulares de dos órganos de los entes locales, estableciendo

generalmente un orden basado en el plazo fijado por la Ley para emitir el correspondiente pronunciamiento.

c) Competencia externa e interna. Se dice que la competencia es **externa** cuando la actuación del órgano que la ejerce tiene relevancia para la relación de la Administración con los particulares (relación jurídico administrativa). En cambio, se dice que es **interna** cuando la actuación del órgano tiene efectos únicamente en el seno de la Administración (relaciones intraorgánicas). Por ejemplo, la de los órganos asesores.

10.2.13. **La asignación de competencias.** Ya dijimos que la competencia es la medida de la potestad que corresponde a cada ente u órgano. Por tanto, la asignación de competencias, como su nombre lo indica, no es más que el proceso mediante cual se torna operativo el principio de legalidad administrativa, es decir, la distribución de esas potestades, a través de un proceso de cuantificación en los distintos órganos de las personas jurídicas, todo lo cual indica que dicho proceso debe derivar necesariamente de una norma jurídica de rango constitucional, legal o hasta sublegal, porque insistimos en que finalmente de lo que se trata es de concretar el principio legalidad. En Venezuela las normas de la Constitución que delinean las denominadas "cláusulas de distribución de competencias" entre el Poder Público Nacional (la República), el Poder Público Estadal (los Estados) y el Poder Público Municipal (los Municipios), contenidas en los artículos 156, 164 y 178 respectivamente, son ejemplos emblemáticos del origen normativo de la asignación de competencias; asignación que también se extiende a los denominados órganos constitucionales y de relevancia constitucional.

Ahora bien, como expresamos antes, la asignación de competencia a los órganos de la Administración Pública Nacional, conforme a los artículos 58 y 61 de la LOAP, está atribuida de manera general y específica al Presidente de la República. De manera general mediante un decreto con esas características fijarán las competencias de cada Ministerio y otros órganos de la Administración Nacional, y específica mediante los reglamentos orgánicos de los Ministerios.

De modo pues, que resulta indudable el origen normativo (legal y sublegal) de las competencias asignadas a los órganos de la Administración Central, principio que también encuentra aplicación en la Administración Descentralizada; además en el proceso de asignación de competencias debe regir otro principio anteriormente mencionado, que postula la atribución expresa y explícita, cuya aplicación excluye a las competencias "implícitas o inherentes", lógicamente sin sacrificar la posibilidad de la interpretación teleológica de alguna o algunas normas atributivas de competencia, la cual puede conducir, excepcionalmente, a inferir competencias implícitas de determinado órgano. Pero reiteramos la regla que postula que la asignación de competencia debe ser expresa, y además debe ser también específica, por cuanto tiene que consistir en un poder concreto y tasado, prohibiéndose así la asignación de competencias en forma genérica a los órganos administrativos.

Conviene insistir en que la asignación de competencias no es más que la operacionalización del principio de legalidad administrativa, y que dicho proceso tiene que hacerse mediante instrumentos normativos, de lo que se deriva la inmediata consecuencia, también repetida a lo largo de este Capítulo, acerca de que no resulta posible esa asignación mediante actos administrativos, e igualmente que todo intento de reasignación competencial supone una modificación normativa, salvo las excepciones anteriormente examinadas (delegación, gestión forzosa, sustitución, avocación, etc). Desde luego, que la modificación normativa concerniente a la reasignación competencial, sólo resulta procedente cuando se acude a un instrumento normativo de igual o mayor rango que aquel donde está contenida la asignación.

10.2.14. **Resolución de los conflictos de competencia.** Como se expuso precedentemente, en el punto relativo a los otros criterios de clasificación competencial, el proceso de distribución de competencias, debido a la complejidad y extensión de las funciones administrativas, así como al crecimiento orgánico de las Administraciones Públicas, casi siempre presentará lagunas y solapamientos, e igualmente se suscitarán dudas

acerca del alcance de las normas atributivas de competencia, razón por la cual suelen surgir los denominados **conflictos de competencia,** los cuales pueden ser positivos, cuando dos entes u órganos se consideran competentes para resolver determinado asunto, y negativos, en el supuesto contrario, cuando ambos niegan ser competentes, afirmando cada uno de ellos que el otro es titular de la competencia para conocer el asunto. Por tanto, a los fines de asegurar el funcionamiento de la Administración, la Ley debe establecer los mecanismos de resolución de esos conflictos, los cuales pueden ser:

10.2.14.1. **Conflictos interorgánicos.** Se configuran cuando dos órganos de una misma persona jurídica, o dos órganos simples de un órgano complejo, se declaran a la vez competentes o incompetentes para conocer determinado asunto. Por ejemplo, cuando las Direcciones Generales de Industria y de Comercio del Ministerio de la Producción y el Comercio pretenden ser titulares de la competencia para reconocer que un producto de exportación está sujeto al incentivo previsto en la Ley, o ninguno de los dos acepta ser titular de dicha competencia. La disciplina para regular el mencionado conflicto fue modificada en la LOAP, sustituyendo la fórmula sencilla prevista artículo 37, numeral 21 de la LOAC, que atribuía al Ministro la potestad de resolver los conflictos de competencia que se suscitasen entre funcionarios del Ministerio, o mejor entre titulares de órganos. Tal modificación aparece recogida en el artículo 44 del mencionado texto legislativo en los siguientes términos:

> *"Cuando el órgano que esté conociendo de un asunto se considere incompetente deberá remitir las actuaciones al que estime con competencia en la materia. Si este último órgano se considera a su vez incompetente, el asunto será resuelto por el órgano superior jerárquico común a ambos.*
>
> *Los interesados podrán solicitar a los órganos que estén instruyendo el procedimiento que declinen el conocimiento del asunto en favor del órgano competente. Del mismo modo, po-*

> *drán solicitar a este último que requiera la declinatoria del órgano que esté conociendo el asunto.*
>
> *Los conflictos a que se refiere el presente artículo sólo podrán suscitarse entre unidades administrativas del mismo órgano o ente y con respecto a asuntos sobre los cuales no haya recaído decisión administrativa definitiva o finalizado el procedimiento administrativo".*

El análisis del dispositivo transcrito revela, en primer lugar, que los legisladores reducen la regulación a los conflictos de competencia únicamente a los intraorgánicos, al punto que el título del artículo se denomina " **La solución de los conflictos de atribuciones**, excluyendo de esa manera a los conflictos intersubjetivos de **competencia**, territoriales o no. Ello se debe a que mantienen en dicho dispositivo la confusión derivada de la inexistente diferencia entre **atribuciones y competencias**, conceptuando a la primera como el "quantum" de potestad de los órganos, y la segunda como el "quantum" de potestad de los entes públicos. Sin dudas que lo ideal hubiese sido extender el ámbito de aplicación de la norma a este tipo de conflictos, por lo menos a los intersubjetivos de competencia no territoriales, como los que pueden presentarse entre dos institutos autónomos adscritos a órganos diferentes.

En segundo lugar, el esquema normativo cambia el sentido de la disciplina presente en la Ley Orgánica de la Administración Central desde 1976 hasta la vigente de 1999, sobre la resolución de conflictos de competencia en el seno de un órgano complejo, como un Ministerio, caso en el cual se facultaba al Ministro al resolver el conflicto (art. 37, num 21 LOAC); en virtud de que delinea un procedimiento un tanto más complejo tomando como modelo la declinatoria de competencia regulada en el Código de Procedimiento Civil, razón por la cual se impone al órgano que se considere incompetente remitir las actuaciones al que estime competente, y si éste también se considera incompetente, entonces se le confiere la facultad de resolver el conflicto al "órgano jerárquico común a ambos".

Hipotéticamente ese superior puede ser un Director General o el Viceministro, por ejemplo, en la Administración Central Nacional, o un Director de una Alcaldía en la Administración Municipal, pudiendo llegar excluido de esa manera el máximo jerarca (Ministro, Alcalde o Gobernador). Esa solución en el marco del régimen de los recursos administrativos no descarta el alargamiento innecesario del procedimiento administrativo, si por ejemplo, el interesado considera que el acto del superior al resolver el conflicto lo colocó en un estado de indefensión, o sencillamente incurrió en violación de ley, e intenta el recurso jerárquico, obviamente ante el máximo jerarca.

En tercer lugar, observamos que el dispositivo regula únicamente los conflictos negativos de competencia (de "no conocer"), y silencia los positivos ("de conocer"), lo que ciertamente no constituye un problema irresoluble porque basado en principios elementales de hermenéutica jurídica, es posible concluir en que el órgano competente para conocer los conflictos positivos, ante el silencio de la ley, debe ser el mismo facultado legalmente para conocer los positivos; pero por supuesto que lo correcto hubiese sido que la ley contemplase expresamente dicha situación.

El procedimiento que conduce a la resolución de conflictos, debe iniciarse por regla general de oficio, pero el primer aparte del dispositivo prevé que el interesado puede solicitarle al órgano que esté instruyendo el procedimiento que decline en el órgano competente, e igualmente pueden solicitar al órgano que considere competente que requiera la declinatoria del órgano que esté conociendo el asunto. Aunque la norma bajo examen no lo dice expresamente, debe inferirse que en caso de que el órgano al que se le solicite decline la competencia no lo haga en un tiempo perentorio, o sencillamente niegue la solicitud, entonces el interesado deberá recurrir ante el órgano superior para que emita un pronunciamiento sobre la declinatoria.

El segundo aparte del esquema normativo bajo examen puntualiza que los conflictos intraorgánicos de competencia (atribuciones en térmi-

nos de la ley) únicamente pueden configurase entre unidades administrativas del mismo órgano, o ente, siempre que sobre el asunto no haya recaído decisión definitiva, o haya finalizado el procedimiento administrativo. O sea, que excluye los conflictos de competencia interorgánicos, por ejemplo entre un órgano del Ministerio de la Defensa y otro del Ministerio del Interior y de Justicia, e igualmente excluye la posibilidad de que suscite el conflicto cuando el asunto haya recaído decisión definitiva, es decir que haya sido resuelto el fondo asunto, mediante un procedimiento constitutivo (primer grado), pues una vez dictada esa decisión lo que correspondería sería el ejercicio del recurso jerárquico, que en Venezuela es por regla general ante el máximo jerarca, razón por la cual resulta sumamente difícil imaginarse la configuración de un conflicto de competencia, ya que lo existe es un solo órgano perfectamente determinado legalmente; de allí la exclusión en comento. Y obviamente si el procedimiento administrativo ha concluido no podrá suscitarse el conflicto.

Es necesario destacar que quizás debido a una inadvertencia legislativa el artículo 76, numeral 22 de la misma LOAP, que enumera las competencias comunes de los Ministros pauta: "Son competencias comunes de los ministros o ministras con despacho: 1. Omissis. 22 **Resolver los conflictos de competencia entre funcionarios o funcionarios del ministerio**". Indudablemente que esa inadvertencia origina un conflicto internomativo, dado que la norma transcrita otorga la facultad para resolver conflictos intraorgánicos de competencia, aunque la norma impropiamente hable de titulares de los órganos (funcionarios) al Ministro; en cambio, el artículo 44, otorga esa potestad, como ya vimos, al superior jerárquico de los órganos en conflicto, que ciertamente en la gran mayoría de los casos no será el Ministro. Ante ese conflicto de normas, pensamos que debe primar el citado artículo 44, no sólo por el título que recibe, sino porque contiene un conjunto de lineamientos generales sobre la resolución de conflictos intraorgánicos de competencia, constitutivos de una nueva disciplina caracterizada por su congruencia, y por su adecuación a principios consolidados en esa materia,

razón por la cual supera la simple enunciación de una potestad para resolver conflictos por parte del Ministro, que quizás de manera automática (inercia legislativa) fue repetida en el artículo 76, num 22 de la LOAP; de allí entoces la primacía del artículo 44 sobre el artículo 76, numeral 22, ambos de la LOAP.

10.2.14.2. **Conflictos intersubjetivos (sujetos de la propia Administración Pública Nacional).** Este tipo de conflictos son los que se suscitan (positivos o negativos) entre entes de la misma Administración, como por ejemplo entre un Instituto Autónomo y un Ministerio, no adscrito a dicho Ministerio (la Corporación Venezolana de Guayana y el Ministerio de Energía y Minas, en lo atinente al otorgamiento de concesiones mineras). En este caso no existe una previsión en el Ordenamiento General, y tampoco puede ser resuelto sobre la base del principio de jerarquía, ya que no existe un superior a los titulares de los órganos en conflicto, en virtud de que uno forma parte de la Administración Central (Ministerio) y otros de la Administración Descentralizada (Instituto Autónomo), razón por la cual resulta inaplicable analógicamente el artículo 44 de la LOAP

Ante la inexistencia de una disposición expresa que permita solucionar el referido conflicto, resulta imperativo encontrar una norma del Ordenamiento Jurídico General que permita resolverlo, porque de lo contrario se atentaría contra el funcionamiento de la Administración, que al fin y al cabo es la encargada de tutelar el interés general. En la búsqueda de esa solución hay que advertir que la LOAP estatuyó en su artículo 47 que el Presidente de la República en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional **dirige la acción del gobierno y de la Administración Central**. Esa norma no hace más que recoger la tesis de la doctrina nacional, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que en su artículo 181 erigía al Presidente de la República en Jefe del Estado y en **Jefe del Ejecutivo Nacional,** que postulaba que la expresión resaltada en negrillas debía interpretarse como equivalente a **Jefe de la Administración Pública Nacional***,* esto es, tanto de la Central como de la Descentralizada.

Debemos añadir que fue precisamente esa tesis la que sirvió de fundamento al Presidente de la República durante la vigencia del texto constitucional derogado para dictar los denominados "Instructivos Presidenciales". Pues bien, como la nueva Constitución repite el artículo 181 de la derogada, adicionándole que en su carácter de **Jefe del Ejecutivo Nacional** dirige la acción del gobierno**,** debe concluirse que resulta válida la postura doctrinaria en comento. A mayor abundamiento cabe advertir que el carácter de máximo jerarca de la Administración Pública Nacional del Presidente de la República, también se infiere del artículo 239, numeral 2, de la Constitución, que atribuye al Vicepresidente Ejecutivo la potestad de **coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República**, pues atendiendo a reglas elementales de hermenéutica jurídica, cabe concluir que sólo puede dictar instrucciones al coordinador de toda la Administración Pública, su máximo jerarca.

Por consiguiente, en nuestro criterio, dicha tesis que deriva del carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, su condición de Jefe la Administración Pública Nacional (Central y Descentralizada), cuyo basamento fundamental radica en el principio de jerarquía administrativa, sirve igualmente para apuntalar una postura que propugne que corresponde al Presidente de la República, como máximo jerarca de la Administración, resolver el tipo de conflicto intersubjetivo ejemplificado (entre un Ministerio y un Instituto Autónomo, adscrito a otro Ministerio), así como todos aquellos, también intersubjetivos, en los cuales no exista un superior común a los órganos o entes en conflicto, por ejemplo los que pueden suscitarse entre dos Institutos Autónomos adscritos a Ministerios diferentes.

10.2.14.3. **Conflictos intersubjetivos (territoriales).** Distinta es la situación cuando el conflicto se suscita entre dos entes territoriales, por ejemplo, entre la República y un Estado, o un Municipio, como el que se presentó hace pocos años entre el entonces Ministerio de Transporte y Comunicaciones (hoy de Infraestructura) y algunas Alcaldías, en

lo atinente a la competencia para fijar las tarifas del transporte urbano. En este caso la solución está prevista en el artículo 266, numeral 4 de la Constitución, que prescribe: "Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: 1 omissis 4 Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado Municipio u otro ente público, cuando la otra sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal". El aparte único de ese mismo precepto constitucional precisa que el ejercicio de esa competencia corresponde a la Sala Político Administrativa del máximo Tribunal del país.

Debe quedar claro que la norma constitucional se refiere a todo tipo de controversias de carácter administrativo que se suscite entre entes territoriales, aunque deja abierta la posibilidad que también llegue a suscitarse con otro ente público. Luego, entre esas controversias, entran sin dudas los conflictos de competencia, tales como el que se mencionó anteriormente a título ejemplificativo, pero cuando la Constitución alude a las controversias administrativas de los entes territoriales que enuncia (República, Estados y Municipios), con otros entes públicos, torna confusa la norma que viene de la Constitución de 1961, salvo que pretenda referirse a entes descentralizados funcionalmente de cada una de esas personas jurídicas territoriales, verbigracia una controversia entre un Instituto Autónomo de Policía Municipal, y el Ministerio de Interior y Justicia.

En todo caso no encuadra en el supuesto de hecho de la norma bajo examen el conflicto de competencia que se suscite entre un ente público descentralizado funcionalmente y el ente público territorial del cual se deriva u origina, porque operaría la regla del máximo jerarca tanto de la Administración Central como de la Descentralizada expuesta anteriormente, razón por la cual sería resuelto por el Presidente de la República, el Gobernador del Estado y el Alcalde, como Jefes de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, en sus ramas central y descentralizada, respectivamente, según el caso.

Por último, es necesario indicar que la Constitución atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público (art. 336, numeral 9) entre las cuales lógicamente se incluyen conflictos de competencia, generalmente positivos; por ejemplo entre la Asamblea Nacional y Contralor General de la República, en un asunto que tenga que ver con el control de la Administración Pública.

10.2.15. **La incompetencia como vicio de nulidad absoluta de los actos administrativos.** El legislador venezolano siguiendo el modelo de la Ley de Procedimientos Administrativos Española de 1958, escogió el sistema de lista cerrada en la determinación de las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos, evitando de esa manera que el juzgador –jurisdiccional o administrativo– pueda apreciar discrecionalmente esas causales ateniéndose a los principios doctrinarios generales. El artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene dicha lista, y en la misma en su numeral 4, dispone que los actos administrativos serán absolutamente nulos, cuando sean dictados por autoridades **manifiestamente incompetentes**. Al respecto cabe reiterar que esa disposición está en sintonía con la legislación de la gran mayoría de los países del Mundo Occidental, al conceptuar a la incompetencia como un vicio de orden público, y por ende, de nulidad absoluta, que dicho sea de paso, es de antigua data, porque nace en Francia, debido a la estrecha vinculación que estableció el Consejo de Estado entre incompetencia y el denominado recurso por exceso de poder.

Ahora bien, la incompetencia, como lo sostuvo la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, siguiendo los lineamientos trazados por la doctrina extranjera, tiene que ser **manifiesta**, para que sea considerada como causal de nulidad absoluta, pudiendo ser **no manifiesta**, pero en ese caso el vicio tendrá como efecto la anulabilidad del acto impugnado. Así lo declaró en sentencia del 13 de

agosto de 1991, doctrina que reiteró en fallos posteriores, en los siguientes términos:

> *"...La Sala sostiene sobre este particular que en materia tributaria debe hablarse entre nosotros de incompetencia manifiesta cuando se trate, por ejemplo, de planillas de impuesto sobre la renta, firmadas por funcionarios no tributarios, y aún pudiera extremarse el concepto hasta incluir un funcionario del Ministerio de Hacienda de otra área tributaria, como por ejemplo la renta aduanera. Por el contrario, no se trataría en cambio de incompetencia manifiesta, sino más bien relativa, cuando la actuación corresponde a un funcionario de la misma rama tributaria, a quien le faltó una determinada autorización de su superior jerárquico, o el cumplimiento de algún otro extremo en particular... Si se trata de incompetencia absoluta o manifiesta el pronunciamiento judicial puede ser de oficio, en todo estado y grado de la causa..." (Exp. 5332).*

De la lectura del fallo transcrito se colige que la doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia se orienta hacia la tesis, recogida en la Ley Española 30-1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, tantas veces citada, que desestimó, siguiendo las orientaciones doctrinarias de ese país, la incompetencia por el grado, como causal de nulidad absoluta, pese a que nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no hace ninguna distinción en ese sentido. Pero lo más importante es que el referido fallo aborda el asunto bastante delicado de diferenciar –en este caso atendiendo a una especie de incompetencia jerárquica– entre la incompetencia manifiesta y la incompetencia relativa, a los fines de ajustarse al esquema normativo contenido en el artículo 19, num. 4, de la LOPA.

10.2.16. **Clasificación de los vicios de nulidad, derivados de la incompetencia manifiesta de las autoridades que los dictan.** La doctrina nacional durante la vigencia de la Constitución de 1961, atendiendo

al rango de la norma infringida, clasificó los vicios derivados de la incompetencia manifiesta, así:

De orden constitucional:

a) Usurpación de autoridad. Se configura este vicio cuando una persona que carece de investidura asume la titularidad de un cargo público y ejerce las funciones inherentes al mismo. Por tanto, conforme al artículo 119 de la Constitución de 1961, sus actos estaban viciados de nulidad absoluta. La norma se repite en idénticos términos en el artículo 138 de la Constitución de 1999, que prescribe que "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos".

b) Usurpación de funciones. Se configura este vicio cuando un órgano perteneciente a una rama del Poder Público, asume las competencias asignadas por la Constitución a órganos de otra rama, por ejemplo, cuando la Asamblea Nacional dicta un acto mediante el cual pretende juzgar a un ciudadano, o cuando el Tribunal Supremo de Justicia, dicta una sentencia en la cual pretende legislar. Igualmente ocurre cuando órganos del Poder Nacional pretenden asumir competencias de los Estados o Municipios, y viceversa. En este caso se infringe el artículo 136, único aparte, de la Constitución que consagra el principio de separación orgánica de poderes, en los siguientes términos "... Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero a los órganos a que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

De orden legal:

c) La extralimitación de atribuciones. Se configura este vicio cuando un órgano perteneciente a la misma rama del Poder Público, en la perspectiva de la división horizontal, asume la competencia de otro órgano de esa misma rama. Por ejemplo, cuando el Viceministro del Trabajo dicta un acto que entra en la competencia del Inspector Nacional del

Trabajo o, viceversa. Igualmente, puede ocurrir cuando un órgano perteneciente a la Administración Central, dicta un acto asumiendo la competencia de un órgano de esa misma Administración, pero de otro sector. Sería el caso de que el Ministerio de Interior y Justicia refrendase un título universitario emanado de una Universidad Privada. Los ejemplos anteriores, imponen que se distingan dos modalidades del vicio de extralimitación de atribuciones, pues en el primer ejemplo, de conformidad con la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, antes citada, así como con las tendencias dominantes en el Derecho Comparado, no se configuraría la incompetencia manifiesta, contemplada en el artículo 19, num. 4, de la LOPA, sino más bien la denominada por el referido órgano jurisdiccional "incompetencia relativa", o no manifiesta, la cual sería una causal de anulabilidad de las establecidas en el artículo 20 ejusdem. En cambio, en el segundo ejemplo, pese a que la extralimitación de atribuciones se da en la misma rama horizontal de la Administración Pública, debe considerarse, conforme a la citada doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia, como un caso de incompetencia manifiesta en los términos previstos en el citado artículo 19, num. 4, de la LOPA.

10.2.17. **La incompetencia manifiesta como vicio de orden público.** La incompetencia manifiesta por ser un vicio que afecta al orden público, en la perspectiva procesal puede ser alegada en todo estado y grado de la causa. Así lo ha establecido en innumerables sentencias la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, e igualmente la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia. Por tanto, es posible alegar el vicio hasta el acto de informes, e inclusive el órgano jurisdiccional, de oficio, puede anular el acto afectado por el mencionado vicio.

Ahora bien, hasta 1990 la extinta Corte Suprema de Justicia no había entrado a distinguir entre el acto viciado de incompetencia no manifiesta (relativa) y de incompetencia manifiesta (absoluta); por consiguiente, cualquiera que fuere la incompetencia que presentase la decisión administrativa, se consideraba como un vicio de orden público, y

por ende, de nulidad absoluta, de lo cual se derivaba que el impugnante aun cuando no la hubiese alegado en el recurso, podía hacerlo hasta en la oportunidad del acto de informes, o bien el Tribunal podía invocarla, de oficio, en su decisión. A partir del 9 de agosto de 1990, en el caso Maraven S.A., la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia modificó su criterio, tal como aparece recogido en la doctrina de esa misma Sala, contenida en la Sentencia de fecha 13 de agosto de 1991, que a continuación transcribimos parcialmente:

> *"A partir de 1990 (Caso Maraven S.A. 09-08-90), la Sala consideró conveniente mantener ese criterio [incompetencia como vicio de orden público], pero sólo para los casos para los cuales la incompetencia del funcionario es absoluta o manifiesta, esto es, flagrante, ostensible, como sería por ejemplo, si el funcionario pertenece a otra rama de la administración pública, o se han firmado planillas sin identificación del funcionario o de su cargo. Si por el contrario el funcionario ha actuado en ejercicio de funciones tributarias, aun sin la atribución o autorización correspondiente, pero dentro de un sector de la administración al cual corresponden las funciones ejercidas; si lo hizo adoptando decisiones de las cuales conocieron luego en alzada autoridades administrativas jerárquicamente superiores y con facultades para la revisión de estos actos, entonces la incompetencia se reputa relativa, y el acto no es nulo de pleno derecho sino anulable; y en consecuencia, puede ser convalidado por una autoridad administrativa jerárquica superior que sí sea competente; o en su lugar declarado nulo por la autoridad judicial si el administrado invoca oportunamente su nulidad. De otro modo debe entenderse la validez del acto en cuanto a la competencia y el Juez que conozca de la causa debe observar tales criterios para declarar su nulidad (sentencia del 13-8-91. Expediente Nº 5453).*

De la sentencia transcrita se evidencia la importancia del cambio de criterio en la doctrina de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a la conceptuación de la incompetencia de los actos administrativos como vicio de orden público, pues sólo se reputa como tal, aquél que previamente el máximo Tribunal declara como un caso de incompetencia manifiesta, de lo cual se deriva el efecto que puede ser alegado por el recurrente en cualquier estado y grado de la causa hasta en el acto de informes, pudiendo además ser declarado de oficio en el fallo por el Tribunal. En cambio, si se trata de un caso de "incompetencia relativa", como la denominó la extinta Corte, perderá el carácter de vicio de orden público, y por tanto, si el impugnante se abstiene de alegarlo cuando interpone el recurso, no podrá hacerlo en otra oportunidad procesal, ni mucho menos en la segunda instancia, si la hubiere, ni tampoco podrá el Tribunal, de oficio, declarar el vicio del acto. Así también lo declaró la extinta Corte Suprema de Justicia, en la citada sentencia del 9 de agosto de 1990, en virtud de que la incompetencia no era manifiesta, y el recurrente sólo la alegó durante el período probatorio, habiendo omitido dicho alegato en el recurso de reconsideración y en el contencioso administrativo. En dicho fallo se concluyó así:

> *"...Por las expresadas razones, la instancia no ha debido declarar con lugar la incompetencia simple que existe en este caso, porque fue inoportunamente alegada por el contribuyente, y al contrario, desechar el alegato de la incompetencia y entrar a conocer y decidir en el fondo la presente controversia". (Sentencia del 9-8-90. Exp. 4170).*

En fin, a la luz de las sentencias transcritas, cuya doctrina después de la creación del Tribunal Supremo de Justicia, sigue siendo pacífica en los Tribunales Contencioso Administrativos, no queda más que tener muy en cuenta que únicamente se puede considerar a la incompetencia como un vicio de orden público, con los consiguientes efectos favorables para los recurrentes, cuando sea, a la luz de la doctrina antes explicitada , un caso de incompetencia manifiesta, lo que no obsta para que se pueda

alegar la "incompetencia relativa", siempre y cuando se haga en la oportunidad procesal correspondiente.

10.3. **La centralización.**

10.3.1. **Premisa introductoria.** Por razones didácticas conviene recordar que este capítulo está dedicado a estudiar las fórmulas organizativas o los principios jurídicos de la organización administrativa, motivo por cual, como su nombre lo indica, dichos principios operan en el ámbito de las Administraciones Públicas, bien en una misma administración, revistiendo el carácter de intraorgánicas o interorgánicas, o entre varias administraciones, bien dentro de dos ramas de la Administración de un mismo nivel (nacional, estadal o municipal), o entre administraciones de dos niveles distintos (por ejemplo nacional-estadal o nacional-municipal), revistiendo carácter intersubjetivo. Pero en el caso específico de la **centralización**, al igual que en el de la descentralización, trasciende la aludida connotación organizativa y se vincula estrechamente a la política. Dicho de otra manera, la centralización puede ser estudiada como fórmula o principio político, de donde deriva su acepción original, como lo veremos mas adelante, y como fórmula o principio jurídico organizativo, que será como fundamentalmente la estudiaremos en este acápite, referido exclusivamente a las Administraciones Públicas.

10.3.2. **Centralización política y centralización administrativa.** Como se expresó anteriormente, la centralización administrativa es una derivación conceptual de la centralización política; por lo tanto, antes de entrar a referirnos sucintamente a la segunda, resulta conveniente señalar que esta figura surge como tal con la reforma de la Administración Francesa decretada por Napoleón el Año VIII (1800), poniéndole fin de esa manera al proceso de descentralización originado en la Revolución Francesa, con la finalidad de eliminar a la centralización que caracterizaba al Estado Absoluto (antiguo régimen) mediante la figura de los denominados "Intendentes". Efectivamente, la descentralización estuvo afincada en la idea de las circunscripciones (Departamentos, Distri-

tos, Comunas o Municipios), cada una de las cuales tenía una administración caracterizada por la uniformidad en su estructura organizativa: 1) un Consejo, un Directorio y un Procurador, todos ellos elegidos. Napoleón a pesar de que mantuvo a las circunscripciones de la Revolución, cambió radicalmente la estructura organizativa de las mismas, en virtud de que en los distintos niveles territoriales estableció un órgano colegiado y un órgano unipersonal, sobre la base de la tesis de que "deliberar es obra de varios y ejecutar es obra de uno sólo".

Así, se instituyen al lado de los respectivos órganos colegiados al Prefecto al Subprefecto y al Alcalde, en el Departamento, el Distrito y el Municipio respectivamente, pero con la particularidad de que se suprime la elección de los titulares de estos órganos, los cuales son nombrados por el Poder Central, del que pasan a ser sus representantes, desapareciendo de esa manera las autoridades locales, y por ende, suprimiendo, la descentralización que había instaurado la Revolución, la cual había caído en un proceso de anarquía. Al parecer Napoleón basó la nueva estructura organizativa de la Administración Francesa en el modelo militar, creando de esa manera un régimen fuertemente centralizado.

La tesis de la centralización política privó en Europa hasta las primeras ocho décadas del siglo XIX, cuando comienzan a despuntar las ideas de descentralización. En ese sentido afirma PARADA VÁSQUEZ (1998):

> *"No es extraño, pues, que en un contexto histórico como el siglo XIX, donde lo esencial y urgente era asegurar la unidad nacional, la participación política, el respeto de los derechos y libertades proclamadas por la Revolución Francesa, la igualdad de los ciudadanos ante los servicios públicos, y consiguientemente, su uniformidad en todo el territorio, la centralización (cuyos orígenes en la izquierda jacobina son incontestables) fuera en el pasado siglo una señal inequívoca del progresismo político. Tampoco debe extrañar que los políticos y adminis-*

> *trativistas decimonónicos vieran la centralización como la técnica más eficaz, la que permitía la transmisión de las órdenes con la rapidez del fluido eléctrico"*

Pues bien, la sucinta reseña anterior demuestra que originalmente la centralización tiene un carácter político, e inclusive durante casi todo el siglo XIX, como señala Parada se considera como la fórmula más eficaz en la organización del Poder y de la Administración; de allí que la doctrina apareje la centralización a la forma de Estado unitario, la cual excluye la existencia de entes territoriales con potestades políticas y legislativas, en virtud de que admite un único Ordenamiento Jurídico que rige para todo el país, y comporta la concentración en los órganos centrales de todas las funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. En cambio, la centralización administrativa está vinculada exclusivamente a la organización del aparato administrativo del Estado. O sea, que la única función concentrada piramidalmente es la ejecutiva o administrativa.

Los autores suelen hablar de "centralización perfecta", cuando un órgano único ejerce todas las funciones estatales, situación que teóricamente sólo pudo configurarse durante la vigencia del Estado Absoluto, pero aun en ese caso resulta dudoso que ciertamente pudiera concentrar todas y cada una de sus funciones, pues es bien sabido que requería el auxilio de colaboradores, tales como los "intendentes" en Francia. Actualmente resulta inimaginable una centralización perfecta. Por esa razón la doctrina francesa prefiere hablar de "centralización imperfecta", cuando determinada actividad puede ser realizada por órganos centrales y periféricos, pero ejerciendo siempre los primeros la supremacía.

La centralización política no admite la existencia de organizaciones locales autónomas, es decir, con vida jurídica o mejor con personalidad jurídica, lo que no impide que se creen circunscripciones territoriales, las cuales no son más que ámbitos espaciales destinados a permitir el establecimiento de reparticiones administrativas, dependientes de los órganos centrales, sobre todo el territorio del Estado.

Ahora bien, cabe subrayar que la tendencia predominante es que el Estado Unitario, es decir, centralizado políticamente, detente una Administración centralizada. Pero al mismo tiempo es necesario advertir que no necesariamente tiene que aparejarse la centralización política (Estado Unitario) a la centralización administrativa, ni tampoco la descentralización política (Estado Federal), a la descentralización administrativa. En efecto, puede ocurrir que un Estado Unitario tenga una administración descentralizada, o que un Estado Federal tenga una administración centralizada. Un ejemplo de esa falta de coincidencia la observamos en Venezuela, ya que hasta 1989 cuando son promulgadas las Leyes de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público y resulta modificada la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se presentaba la siguiente situación: un Estado Federal atípico, por tanto, descentralizado políticamente, pero con una organización administrativa fuertemente centralizada, al punto que las mencionadas leyes son promulgadas y reformadas, como consecuencia de la presión del colectivo contra la enorme centralización del aparato administrativo. Y todavía actualmente pese a la sanción de los referidos instrumentos normativos, e inclusive de la Constitución de 1999, que además de ratificar el carácter de Estado Federal, al parecer para reafirmar ese carácter, lo califica además descentralizado, la Administración sigue teniendo muy fuertes rasgos de centralización.

10.3.3. **La centralización administrativa.** SAYAGUES LASO (1963) sostiene que con esta fórmula organizativa "se quiere indicar que el conjunto de órganos administrativos está enlazado bajo la dirección de un órgano central único, jerarca de la Administración". RIVERO (1984) afirma que se "concentra el conjunto de tareas o funciones administrativas a realizar en el territorio nacional en las manos del Estado; éste las asume por medio de una Administración jerarquizada y unificada". En fin, la centralización administrativa comporta el otorgamiento de todas las competencias a los órganos centrales, quienes detentan los poderes de decisión para todo el territorio nacional. Esta fórmula organizativa

conduce inexorablemente a una Administración Pública fuertemente jerarquizada, pues el poder de decisión se concentra en el vértice de la organización, esto es, en los Ministros; por tanto, como enseña RIVERO (1984), los órganos subordinados no hacen más que transmitir y ejecutar; transmitir las cuestiones del lugar del territorio en que se plantean, hasta el Ministro que las decida, y transmitir en sentido inverso la decisión ministerial y, finalmente ejecutar las tareas concretas según las órdenes recibidas.

Afirma Eisenmann, citado por DIEZ (1965) que los procedimientos para llevar a cabo la centralización administrativa son: la concentración del poder público y de la coacción, la concentración de la designación de los agentes públicos, y la concentración del poder de decisión y la competencia técnica. La aplicación de los referidos procedimientos, sin duda, conduce a una organización de la Administración del Estado férreamente centralizada, por cuanto supone reservar a los órganos centrales la facultad de dictar decisiones ejecutivas y hacerlas ejecutar, de nombrar y remover a los agentes o funcionarios públicos, excluyendo toda posibilidad de designación por las comunidades locales o mediante elección, y finalmente, de reunir en los órganos centrales el poder de decisión y la competencia técnica.

Si bien existen tanto partidarios como detractores de la centralización política, es menester reconocer que en su concepción ortodoxa, encuentra poca aplicación en los Estados Modernos, porque aun los que adoptan la forma teóricamente unitaria, admiten la existencia de organizaciones locales, bajo la denominación de regiones, provincias, municipios, etc., todas con un mínimo de vida jurídica, y asimismo las fórmulas organizativas de la desconcentración administrativa y hasta de la descentralización funcional, que desdibujan bastante el concepto ortodoxo de centralización expuesto por los autores antes citados, el cual indudablemente pudo tener mayor o menor aplicación hasta mediados del presente siglo, pero que definitivamente ha sido superado.

Por lo que respecta a la centralización administrativa hay que admitir que continúa teniendo aplicación, pero lógicamente con las debidas matizaciones, razón por la cual cuenta con detractores y partidarios. Así por ejemplo HAURIOU, citado por PARADA (1998), sostenía refiriéndose a Francia que la centralización "permitía la igualdad en el reparto de las cargas y la puesta en funcionamiento de los grandes servicios públicos; la regularidad y moralidad de la Administración, gracias al principio de jerarquía; la neutralidad e imparcialidad en el sistema; la uniformidad en los procedimientos, coordinación, concentración de asuntos, etc".

10.3.4. **La centralización administrativa en Venezuela**.Debe admitirse que esta fórmula organizativa sigue teniendo vigencia, pues resulta difícil imaginarse un Estado, inclusive los Federales más perfectos, que no recurran a la misma para delinear su estructura administrativa. Es lo que explica, por ejemplo, que Venezuela un "Estado Federal descentralizado" (art. 4 constitucional), tenga todavía como la rama más importante de todas las Administraciones, a la **Administración Central**, integrada como se sabe por todos los Ministerios, por el Consejo de Ministros, los Gabinetes Sectoriales, las Autoridades Unicas de Areas, etc, con competencia general en todo el territorio nacional. Debe presumirse que la implementación de la descentralización conceptuada como una política nacional (art. 158 de la Constitución) conducirá a la reducción del tamaño de la Administración Central, mas no a su extinción. De allí entonces que la fórmula organizativa de la centralización administrativa no sólo tiene pertinencia, sino que es necesaria para el funcionamiento del Estado Venezolano, por supuesto que caracterizada por la variable de la jerarquía como lo postula la doctrina. Así lo recoge el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Por razones únicamente didácticas aludiremos brevemente al modelo de "centralización administrativa" de los servicios de salud pública delineado en el artículo 136, numeral 17, de la Constitución de 1961, el cual estatuía:

"Es de la competencia del Poder Nacional:

1º) Omissis

17) La dirección técnica, el establecimiento de normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de la salud pública. La ley podrá establecer la nacionalización de estos servicios públicos de acuerdo con el interés colectivo".

Ahora bien, cuando en el dispositivo transcrito se utilizaba el término "nacionalización", el constituyente pretendía referirse a un caso excepcional de centralización administrativa, que consistía en concentrar todas las competencias y servicios de salud, que conforme al artículo 76 ejusdem, correspondían tanto a la República, como a los Estados y a los Municipios (competencia concurrente), en el Poder Nacional (República), cuando así lo impusieran razones de interés colectivo. Por consiguiente, la Constitución de 1961 pretendió regular la figura organizativa de la centralización administrativa, y concentrar las competencias y servicios de salud pública que se correspondían con el ejercicio de las mismas, en el Poder Nacional.

Esa fue la tesis seguida por el legislador cuando desarrolló el mencionado esquema normativo constitucional, y sancionó en 1987 la "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud", ya derogada, cuyo examen revela que operó la figura de la centralización de todos los servicios de salud en el Poder Nacional, mediante la creación de una estructura organizativa centralizada denominada Sistema Nacional de Salud, evidenciándose a la vez, un ejemplo emblemático de centralización administrativa territorial, que hemos traído a colación, porque no existe uno semejante en la Constitución vigente, por supuesto que nos referimos a uno en el que se vislumbre claramente el fenómeno de la concentración de competencias de la periferia (Estados y Municipios) para el centro (Poder Nacional), porque competencias centralizadas en diversos órganos del Poder Nacional son casi todas.

En fin, a la centralización administrativa la examinaremos, en términos operacionales, en el capítulo siguiente relativo precisamente a la Administración Central, así como a su principal base de sustentación funcional, cuando examinemos la figura de la jerarquía. Por lo pronto lo que debe quedar claro es que pareciera conveniente abandonar la posición un tanto peyorativa que se tiene frente a la centralización, sin hacer la debida distinción entre centralización política y centralización administrativa, pues ésta última es una fórmula organizativa –insistimos– no sólo conveniente sino necesaria para la Administración Pública.

10.4. **La desconcentración.**

10.4.1. **Premisa introductoria.** Cabe recordar que centralización y descentralización son fórmulas organizativas antitéticas, que como se expresó precedentemente, derivan su connotación conceptual en el ámbito organizativo, de la noción que preside las mismas en el ámbito político. Por lo tanto, como es fácil imaginarse la discusión sobre las mismas ha sido muy intensa y extensa. Al parecer se inició en Francia en las últimas décadas del Siglo XIX, sobre todo en lo concerniente a la descentralización, y en el curso de la misma surgió el concepto de desconcentración administrativa, el cual posteriormente fue acogido favorablemente por la mayoría de la doctrina europea. Sin embargo, sobre el mismo se han suscitado debates, pues un grupo de autores considera que se trata de una fórmula organizativa que cabalga entre la centralización y la descentralización, llegando algunos, como ALTAMIRA (1971) a sostener que se trata de "la etapa mínima de descentralización" .

Pero la doctrina mayoritaria estima que no es más que una modalidad de la centralización, porque en la misma permanece intacta la relación de jerarquía que se da entre el órgano que cede competencias y el que las adquiere, e igualmente se mantiene inalterada la facultad del máximo jerarca para resolver conflictos internos de atribuciones. Pese a la referida precisión pueden utilizarse diferentes términos para referirse a

dicha figura organizativa. Así, en Italia, la doctrina suele denominarla **descentralización burocrática**, para contraponerla a la descentralización autárquica, y en Francia **descentralización mínima jerárquica, imperfecta o relativa**. Lo cierto es que cualesquiera de los vocablos o expresiones mencionados resultan equivalentes a desconcentración administrativa.

10.4.2. **Marco conceptual.** Es la fórmula organizativa que consiste en trasladar competencias (titularidad y ejercicio), con carácter permanente, mediante un instrumento normativo, de un órgano superior a uno inferior, pudiendo ser éste del mismo nivel territorial, o mejor de la misma jurisdicción, o de un nivel territorial inferior o de jurisdicción territorial inferior. Debe quedar claro que ambos órganos (superior y subordinado) deben ser de la misma persona jurídica. En fin, como su nombre lo indica, esta figura comporta la desviación o el traslado de la competencia del centro (órgano central) fundamentalmente hacia la periferia (órgano desconcentrado).

La anterior definición tiene un carácter descriptivo, pero ayuda a identificar los elementos fundamentales de la desconcentración, a saber: a) es una fórmula organizativa que permite transferir la competencia de un órgano superior que la tiene previamente asignada a un órgano inferior, que puede estar ubicado en el mismo centro o nivel territorial, o en la periferia. En todo caso lo importante de destacar es que al igual que todas las fórmulas organizativas examinadas anteriormente, comporta una desviación de la competencia, con la finalidad de optimizar el funcionamiento de la Administración; b) La transferencia o traslado de competencia está fundamentado en un instrumento normativo que puede ser de rango legal o sublegal. Por razones de técnica legislativa la Ley al diseñar la competencia general de un ente público o de un órgano complejo (Ministerio), puede facultar al Ejecutivo para que mediante el correspondiente reglamento ejecutivo desconcentre las funciones generales, bien en órganos centrales o en órganos periféricos. Así aparece establecido en el artículo 61 de la LOAP, bajo la denominación de “reglamentos orgáni-

cos", en los cuales el Ejecutivo deberá delinear la estructura y las funciones de cada Ministerio.

c) Por cuanto el traslado de competencias derivado de la desconcentración se hace mediante un instrumento normativo, la misma tiene carácter permanente, razón por la cual se transfieren todos los atributos de esas competencias, es decir, tanto el ejercicio como la titularidad. Al detentar la referida nota de permanencia, las competencias transferidas no resultan susceptibles de revocación por parte del órgano superior, de tal suerte que la única manera que el jerarca, salvo por la vía excepcional de la avocación, pueda llegar a asumir nuevamente esa competencia, es mediante la modificación de dicho instrumento normativo, o bien mediante la derogación del mismo por otro de igual o superior rango. Cabe añadir que en la desconcentración, pese a que sustantivamente se produce un traslado competencial del órgano superior al inferior, en realidad lo que existe es una **reasignación de competencias**, en virtud de que para ello se requiere, como expresamos antes, un instrumento normativo que modifica a otro, mediante el cual se le había **asignado** la competencia al órgano superior.

d) Sólo procede la desconcentración cuando la competencia se transfiere entre órganos de la misma persona jurídica, o del mismo órgano complejo, ya que es una figura esencialmente intraorgánica. Por consiguiente, las relaciones entre el órgano superior (central) y el órgano inferior (desconcentrado) siguen presididas por el principio de jerarquía.

e) El traslado de la competencia puede producirse en el mismo nivel central, caso en el cual la desconcentración suele denominarse **horizontal (central)**, pero también puede ser para un nivel territorial inferior, y se suele denominar **desconcentración vertical (periférica)**. En otros términos, desconcentración es horizontal cuando el traslado de la competencia opera, siempre mediante un instrumento normativo, de un órgano superior a un órgano inferior, ambos en el mismo nivel territorial central, o mejor dicho, con la misma jurisdicción territorial. Por ejemplo,

cuando mediante esta figura se transfieren competencias del Ministro a un Viceministro o a un Director General de un Ministerio. La desconcentración es vertical, regional o periférica, cuando el traslado de competencia opera, también por vía normativa, a favor de un órgano periférico de la Administración, el cual tiene una circunscripción vinculada a una determinada parte del territorio nacional, que bien puede ser, en el caso venezolano, un Estado, un Municipio, o hasta un Distrito Metropolitano. VALLINA VELARDE, citado por DIEZ (1963), sostiene que la desconcentración periférica, es el único tipo de desconcentración admitido por un gran sector de la doctrina, y que resulta indudable que es el que mayores y más fundamentales problemas plantea, pero igualmente el que con más frecuencia debe implantarse. Sin embargo, admite que tal posición no puede conducir a negar a la desconcentración horizontal o central.

10.4.3. **Elementos que caracterizan a la desconcentración administrativa.** Estos elementos señalados por la doctrina (DROMI,1996, DIEZ 1963, PENAGOS,1988), pueden resumirse así: a) debe reasignarse una competencia en forma exclusiva y permanente; por tanto, para que el órgano que cedió la competencia la reasuma, se requiere una nueva disposición legal, b) debe hacerse la reasignación de la competencia a un órgano subordinado encuadrado en la correspondiente estructura organizativa; c) debe corresponderle al órgano desconcentrado una específica jurisdicción territorial en la cual ejerza la competencia que le ha sido reasignada, que tiene que ser decisoria y exclusiva, pudiendo también ser, de manera excepcional, excluyente y; d) debe fundamentarse en un instrumento normativo, cuyo rango variará según las situaciones y los ordenamientos jurídicos. Por supuesto que al sancionarse o dictarse ese instrumento deberá tenerse muy en cuenta el rango del texto mediante el cual se asignó la competencia que pretende desconcentrarse, así como el contenido del mismo, ya que como expusimos anteriormente, una Ley puede reenviar al reglamento ejecutivo el proceso de desconcentración en una determinada persona jurídica u órgano complejo, sin que eso signifique una lesión al principio de jerarquía normativa.

Finalmente, es preciso advertir que la fórmula de la desconcentración administrativa es una modalidad de la centralización administrativa, pero que resulta perfectamente aplicable, vista en su perspectiva organizativa, tanto en una Administración Central, como en una Administración Descentralizada Institucionalmente. Así por ejemplo el Instituto Nacional de la Vivienda, que es un ente con competencia nacional, integrante de la Administración Descentralizada puede, si así lo establece su ley de creación, transferir funciones del Directorio o de una Gerencia a Direcciones creadas en los distintos Estados de la República.

10.4.4. **Efectos de la desconcentración administrativa.** El primer efecto de la desconcentración –insistimos– es que se produce una reasignación de la competencia en el órgano inferior, por lo tanto éste, a partir de ese momento ostenta tanto el ejercicio como titularidad de la competencia transferida, con carácter exclusivo, razón por la cual, pese a que las relaciones entre el órgano superior y el inferior siguen presididas por el principio de jerarquía, en estricta puridad jurídica, la mayoría de los atributos en que se desagrega ese principio organizativo no deberían operar con relación al ejercicio de la competencia reasignada; de allí que entonces el superior no podría ejercer en ese sentido los poderes de aprobación, confirmación, convalidación, reforma y revocación, sobre los actos dictados por el órgano al que se transfirió la competencia.

El segundo efecto, derivado de la situación antes descrita, es que los actos del órgano desconcentrado tienen carácter definitivo, y excepcionalmente cuando la competencia reasignada es con carácter excluyente agotan la vía administrativa. Por lo tanto, como la regla general es que detenten la naturaleza de proveimientos definitivos, entonces resulta procedente su impugnación, mediante el recurso jerárquico que deberá interponerse, en el caso venezolano, ante el máximo jerarca (Ministro, Presidente o Consejo Directivo del Instituto Autónomo).

Cabe advertir que el jerarca continúa ejerciendo sus poderes sobre el órgano subordinado en todo aquello que no tenga que ver con la situa-

ción específica de la desconcentración. Así por ejemplo, conserva su potestad disciplinaria, administra el personal e impone los lineamientos sobre el régimen financiero y presupuestario. Queda únicamente por reiterar que los postulados doctrinarios expuestos hasta aquí, resultan susceptibles de ser modificados y hasta soslayados, por los Derechos positivos; de allí que para conocer el régimen jurídico de esta figura, al igual que las anteriormente estudiadas resulta vital el examen del correspondiente ordenamiento jurídico, pero por supuesto que para realizar ese examen se requiere necesariamente conocer el correspondiente marco teórico, ya que es el que permite sistematizar y darle coherencia a la disciplina normativa.

10.4.5. **Bases jurídicas de la desconcentración administrativa en Venezuela.**

10.4.5.1. **La regulación normativa durante la vigencia de la Constitución de 1961.** La doctrina está conteste en que la desconcentración únicamente puede operar sobre la base de una disposición normativa, porque esta fórmula organizativa comporta una redistribución o reasignación de una o más competencias que previamente habían sido asignadas a otro órgano; por tanto, para su perfeccionamiento resulta necesario que se produzca la modificación de una norma anterior. En Venezuela hasta que fue dictado el decreto ley mediante el cual se reformó la Ley Orgánica de la Administración Central a finales de 1999, no existía ni una sola referencia normativa de carácter general a la desconcentración administrativa, ni tampoco podía ser conceptuada como un principio de la organización administrativa, de rango constitucional, como ocurre en España, cuya Constitución en el artículo 103.1., lo establece como tal, al igual que la Italiana, en el artículo 5º. Por consiguiente, se imponía manejarse con los principios doctrinarios, y las pocas normas dispersas en también pocos instrumentos normativos. En ese orden de ideas, dado que la asignación de competencias es de origen normativo, y como la desconcentración administrativa se corresponde con una reasignación de competencias, debe admitirse que también en Venezuela, la

disposición normativa constituye un elemento fundamental de la desconcentración, la cual puede ser de rango legal o sublegal.

Esas normas dispersas bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que regulaban puntualmente a la desconcentración administrativa eran las siguientes: a) el artículo 9 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, aún parcialmente vigente, que preceptúa :

> *"El Ejecutivo Nacional deberá impulsar la descentralización y la* ***desconcentración*** *de funciones dentro de sus respectivas dependencias, a fin de facilitar la celebración de los convenios para la transferencia de la prestación de servicios específicos. La contratación y ejecución de las obras corresponderá a unidades desconcentradas de los organismos nacionales a nivel de cada Estado, bajo la coordinación del Gobernador"* (énfasis añadido).

En verdad, la norma es muy puntual porque estaba destinada a facilitar la transferencia de los servicios a que alude la LOD, puesto que el legislador ordenaba al Ejecutivo Nacional que iniciase un proceso de desconcentración administrativa, tanto en la Administración Central como en la Descentralizada para facilitar la modalidad de descentralización antes mencionada, pero es necesario destacar que la ejecución de esa orden requería de la pertinente disposición normativa, la cual en nuestro criterio debía operacionalizarse a través de los correspondientes reglamentos parciales de dicha Ley, lo que al parecer no llegó a ocurrir, y por tanto, el proceso de desconcentración ordenado tampoco llegó a producirse, o se redujo a su mínima expresión.

De otra parte, el Decreto sobre "Regionalización y Participación de la Comunidad en el Desarrollo Regional", que sirvió de base para la creación de las denominadas "Regiones Administrativas", bajo la Presidencia de Luis Herrera, traía un capitulo denominado Desconcentración

de la Administración Pública Nacional, lo que conducía a pensar que por vía de un instrumento normativo, de rango sublegal, podía establecerse de manera general la figura de la desconcentración administrativa. En nuestro criterio, tal tesis era errónea, porque se intentaba reasignar competencias que originalmente habían sido asignadas por normas de rango legal, o de rango sublegal, en este último caso sobre la base de la ejecución, mediante un reglamento, de una disposición de rango legal, como ocurría con los reglamentos orgánicos contemplados en el artículo 5 de la LOAC, por normas de rango sublegal, máxime si las mismas integraban un reglamento autónomo, como el que regulaba la regionalización administrativa. Lo cierto es que como el mencionado Reglamento cayó rápidamente en "desuso" (en la práctica no se aplicó), la discusión sobre el mencionado asunto, pasó a tener un carácter meramente académico.

El otro dispositivo normativo estaba contenido en el artículo del Decreto ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central de 1999, que regulaba a la desconcentración administrativa es el artículo 69, en los términos siguientes:

> *"Los órganos de la Administración Central podrán crear dependencias desconcentradas para que ejerzan las atribuciones de aquellos en un determinado ámbito espacial, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional podrá distribuirles competencias mediante los respectivos reglamentos orgánicos. Las competencias distribuidas a dichas dependencias, les otorgarán la representación institucional en el respectivo Estado".*

Por otra parte, el artículo 54 ejusdem establecía que "... Los Reglamentos Orgánicos determinarán la estructura y las **funciones** de los Vice Ministros, y de las demás dependencias que integran cada Ministerio." El examen concordado de ambas normas en el contexto del marco doctrinario antes expuesto, revelaba claramente la intención de la Ley de consagrar en el ámbito de la Administración Central la figura de la desconcentración administrativa, en forma general, razón por la cual los ór-

ganos de esa rama de la Administración Pública Nacional, podían transferir mediante los reglamentos orgánicos contemplados en el citado artículo 54 de la LOAC, sus competencias a los órganos regionales de cada Ministerio. Por lo tanto, la única forma de desconcentración prevista en el dispositivo normativo bajo examen era la **vertical, periférica o regional**, lo que en nuestro criterio resultaba acertado, en virtud de que la Ley atribuía a los Ministerios competencias generales, las cuales para poder ser actuadas debían ser desagregadas mediante los reglamentos orgánicos en los distintos órganos centrales del Ministerio.

Finalmente, es preciso señalar que con la creación de los denominados "Servicios autónomos sin personalidad jurídica", los cuales proliferaron desde los inicios de la década de los noventa, regidos por un Reglamento dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, se evidenciaba , sin dudas, una especialísima forma de desconcentración administrativa. En ese mismo orden de ideas reiteramos que la LOAC de 1999 traía un capítulo destinado a disciplinar a la desconcentración administrativa, siendo integrado casi en su totalidad por normas que estaban destinadas a disciplinar la creación, funcionamiento, reestructuración, supresión y control de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, de tal manera que de seis artículos, apenas el último (el 69), antes trasncrito, parecía pretender disciplinar de manera general a la figura de la desconcentración administrativa

10.4.5.2. **La regulación de la desconcentración administrativa en la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en septiembre de 2001.** En primer lugar es necesario destacar que la Constitución de 1999, pese que se nutre bastante de la Constitución Española, y en menor medida de la Italiana, a diferencia de esas Cartas Constitucionales no erige a la desconcentración administrativa en uno de los principios organizativos de la Administración Pública, pues apenas incidentalmente en el artículo 173 cuando consagra la creación de otras entidades locales, distintas a las parroquias, mediante la Ley de Régimen Municipal que desarrolle los principios constitucionales, establece que

dicha creación tendrá, entre otras finalidades, **promover la desconcentración de la Administración del Municipio**. De modo, pues, que se trata de una regulación puntual de esta figura organizativa a nivel municipal, lo que lógicamente no obsta para que se extienda a toda la Administración Pública, máxime si se tiene en cuenta que ésta es definida en el artículo 141 constitucional, como una organización al servicio de la comunidad (de los ciudadanos y ciudadanas), regida por los principios de eficacia y eficiencia, los cuales revelan la tendencia hacia la optimización en el funcionamiento de la Administración, que como se ha dicho es uno de los fundamentos de la institucionalización de esta figura. En fin, pese a que no está erigida la desconcentración administrativa en un principio organizativo constitucional, es posible derivar su consagración de la Ley Suprema, lo que impone su desarrollo en los correspondientes textos legales.

En ese orden de ideas es preciso hacer notar que la Ley Orgánica de la Administración Pública, como lo hace con otras fórmulas organizativas, regula a la desconcentración administrativa como principio general en su Titulo II denominado "Principios y bases del funcionamiento y organización de la Administración Pública", concretamente en sus artículos 31 y 32, y de manera operacional, especialmente en el ámbito de la Administración Pública Nacional, en su Título IV denominado "De la desconcentración de la descentralización funcional" (sic), cuyo Capítulo I, se denomina "De la desconcentración".

10.4.5.2.1. **La regulación de la desconcentración administrativa como principio general.** La LOAP disciplina a esta fórmula organizativa en forma general en los artículos 31 y 32 que prescriben:

> *Art. 31* ***(Principio de desconcentración funcional y territorial)*** *"Para el cumplimiento de las metas y objetivos de la Administración Pública se podrá adaptar su organización a determinadas condiciones de especialidad funcional y de particularidad territorial, transfiriendo atribuciones de sus órga-*

nos superiores a sus órganos inferiores, mediante acto normativo de conformidad con la presente Ley.

La desconcentración de atribuciones en órganos inferiores de los entes públicos podrá revertirse mediante la modificación o derogación del instrumento jurídico que le dio origen".

Art. 32 ***(Consecuencia de la descentralización y desconcentración funcional y territorial)*** *"(...) La desconcentración funcional o territorial transfiere únicamente la atribución. La persona jurídica en cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado, será responsable patrimonialmente por el ejercicio de la atribución o el funcionamiento del servicio público correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios y funcionarias que integren el órgano desconcentrado y se encuentren encargados de la ejecución de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente"*
.

El examen del artículo 31 revela que recoge las tendencias presentes en la doctrina y en el Derecho Comparado en materia de desconcentración administrativa, y pese a que la redacción del dispositivo resulta un tanto ambigua, es posible inferir que se pretende consagrar la desconcentración horizontal o central, y la vertical o periférica, aunque el aparte sobre la "reversibilidad" sobra, porque no cabe ninguna duda de que el autor del correspondiente instrumento normativo modificatorio puede perfectamente "revertir" la competencia transferida al órgano desconcentrado, y para ello no requiere estar autorizado por ninguna norma, en virtud de que esa es una facultad inherente a su poder normativo, a diferencia de lo que se plantea en el caso de la descentralización territorial, cuando implica la transferencia de competencias exclusivas de un ente territorial a otro. Debe entenderse que puede revocarse, mediante la modificación del correspondiente instrumento normativo, sin necesidad de llegar a "revertir" la competencia desconcentrada, bien por que se supri-

ma el órgano, bien porque la competencia sea transferida a otro órgano, desconcentrado o no.

Por otra parte, hacemos notar que el precepto utiliza las denominaciones "**desconcentración funcional y desconcentración territorial"**, siendo la primera incorrecta porque por definición toda desconcentración es funcional, debido a que lo que transfiere en todo caso son funciones, atribuciones o competencias, sea a órganos del propio nivel central o a nivel regional, y la segunda aunque en apariencia correcta, en estricta puridad conceptual, resulta también incorrecta, en virtud de que la desconcentración administrativa es, como lo expresamos anteriormente, una figura esencialmente **intraorgánica**, nunca intersubjetiva, razón por la cual constituye una impropiedad y la vez evidencia una imposibilidad jurídica, predicar o sostener que mediante la desconcentración se transfieren competencias o atribuciones –en términos de la Ley – a **entes territoriales**, pues en ese caso estaríamos en presencia de una expresión de descentralización territorial, ya que en realidad lo que ocurre es que ciertamente mediante la figura de la desconcentración se transfieren competencias, pero a **órganos inferiores, ubicados en un ente territorial, pero integrados a la Administración Central**. Así por ejemplo, se desconcentran funciones del Ministerio de Infraestructura, atribuidas a una Dirección General que funciona en Caracas (nivel central), a una Dirección de ese mismo Ministerio en el Estado Bolívar, éste es un órgano inferior ubicado en un ente territorial estadal, pero integrado al Ministerio de Infraestructura. El ejemplo, demuestra la impropiedad de la expresión "desconcentración territorial".

De modo, pues, que pese a que en principio en el esquema normativo el concepto aparece correctamente delineado, al intentar diferenciarlo en funcional y territorial se incurre en un error ostensible. Pero la situación se complica mucho más cuando se examina el artículo 32 que define la "consecuencia de la desconcentración funcional y territorial", en virtud de que dicho dispositivo al parecer pretende preceptuar, en una forma por demás bastante confusa, que con la desconcentración **se transfiere úni-**

camente la atribución. Es preciso advertir que el precepto hasta la segunda discusión decía **" se transfiere la atribución mas no su titularidad**, y en segunda discusión se propuso la modificación en el sentido indicado, sin ningún tipo de argumentación, la cual resultó aprobada, sin que se llegase si quiera a formular una sola interrogante sobre las razones de la modificación.

Este cambio "intuitivo" en el esquema normativo, aunque incompleto, porque dos líneas más adelante vuelve a referirse al "ejercicio de la atribución" resultó por lo menos desde el punto de vista académico providencial, en virtud de que evitó un ostensible error conceptual, de haberse mantenido la tesis de que la desconcentración no implicaba la transferencia de la titularidad, pues ella contrariaba todo el marco teórico construido por la doctrina sobre esta figura, que expusimos precedentemente, cuyo presupuesto radica precisamente, en que la desconcentración constituye una transferencia general y permanente, necesariamente mediante un instrumento normativo, nunca a través de un acto administrativo, de la competencia, tanto del ejercicio como de la titularidad, de un órgano superior a un órgano inferior. Pues bien, afortunadamente el cambio "intuitivo" preservó en el dispositivo bajo examen, ese principio por lo demás elemental en Teoría de la Organización.

Por otra parte, se vuelve a incurrir en este artículo en el error de confundir responsabilidad de los funcionarios públicos en ejercicio de la competencia desconcentrada, con la imputación de los actos dictados en su carácter de órganos desconcentrados. Sin embargo, en este caso la situación se torna más grave porque se tipifica una responsabilidad patrimonial en la persona jurídica en "cuyo nombre actúe el órgano desconcentrado", lo que evidentemente no tiene nada que ver con la desconcentración administrativa, en virtud de que ese principio de la responsabilidad de la Administración, incardinada en una persona jurídica (República, Estado o Municipio), tiene un carácter general, por estar contemplado en el artículo 140 de la Constitución, y obviamente si se pretende desarrollar en un texto legislativo, insistimos en que el

instrumento adecuado no es una ley organizativa o de organización, y mucho menos en un precepto que intenta establecer los efectos de la desconcentración.

Más aún, el precepto bajo examen carece de sentido, porque bien sea el órgano que desconcentra o el órgano desconcentrado, ello resulta irrelevante a los fines de atribuirle la responsabilidad patrimonial a la persona jurídica del que forman parte, porque ello es así por imperio legal, derivado de la denominada relación orgánica, cuya configuración comporta que tanto los actos como las consecuencias (responsabilidad) de los actos emanados de los órganos de una persona jurídica se imputan necesariamente a esa persona jurídica; de allí que esa disposición además de evidenciar una impropiedad conceptual en materia de desconcentración administrativa, constituye una verdadera redundancia.

Por lo que respecta a la regulación de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos que integran el órgano desconcentrado, cabe reiterar el mismo razonamiento que formulamos para la persona jurídica de la Administración, pues es obvio que todo funcionario público, por disposición constitucional, es responsable por las irregularidades en que incurra en el ejercicio de sus funciones, responsabilidad que puede ser civil, penal, administrativa o disciplinaria, según el caso, e insistir en que no debe vincularse ese principio general con los efectos de la desconcentración administrativa.

10.4.5.2.2. **La regulación operacional de la desconcentración administrativa.** Como expresamos antes en el Capítulo I del Título IV de la LOAP, en los artículos que van del 90 al 94, aparece regulada operacionalmente la desconcentración administrativa. Lo primero que debe destacarse es que prácticamente todas las disposiciones contenidas en los aludidos preceptos están destinadas a regular exclusivamente a la Administración Nacional, y más concretamente a la categoría especial de órganos desconcentrados denominados **servicios autónomos sin personalidad jurídica**. En segundo lugar, que los dispositivos no referidos

específicamente a los mencionados Servicios, son apenas dos, y respectivamente prescriben:

> *Art. 90* ***(La desconcentración)*** *"Mediante el respectivo reglamento orgánico, el Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá convertir unidades administrativas de los ministerios y oficinas nacionales en órganos desconcentrados con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera o de gestión según acuerde el decreto respectivo.*
>
> *El ministro o ministra o jefe o jefa de la oficina nacional ejercerá el control jerárquico sobre los órganos desconcentrados, en aquellas materias cuyas atribuciones de dirección no hayan sido transferidas, y ejercerá el control que especialmente se determine sobre el ejercicio de las atribuciones transferidas que establezca el decreto de desconcentración.".*
>
> *Art. 91* ***(Control de los órganos desconcentrados)*** *"Los órganos de la Administración Pública que sean desconcentrados, serán controlados de conformidad con sus disposiciones especiales, y, en su defecto, según las previsiones de la presente Ley".*

De conformidad con el artículo 90, en concordancia con el artículo 31 de la LOAP, opera la desconcentración administrativa, precisamente cuando mediante la modificación del reglamento orgánico se sustraen competencias de las asignadas a los órganos centrales del Ministerio, por ejemplo, de la Dirección de Servicios del Ministerio de Finanzas, para transferírselas a órganos periféricos o regionales, por ejemplo, la Dirección del Ministerio de Finanzas del Estado Bolívar, lo que configura una verdadera **reasignación competencial,** pues en el anterior ejemplo la Dirección Regional (órgano periférico) aumenta sus competencias de manera definitiva, a costa de la pérdida que sufre la Dirección de Servicios (órgano central). Y es reasignación, insistimos, porque opera mediante la modificación del instrumento normativo (reglamento orgánico)

que originalmente se la había **asignado** al mencionado órgano central del Ministerio de Finanzas.

La parquedad de la norma contenida en el artículo 90 de la LOAP, obliga a completar el trazado de la desconcentración administrativa en Venezuela, acudiendo a los principios generales elaborados por la doctrina sobre esta fórmula organizativa, y en tal sentido se constatan los siguientes elementos: a) opera únicamente mediante un instrumento normativo, pero hay que advertir que la disposición de la Ley, resulta un tanto restrictiva, porque estatuye que sólo pueden desconcentrarse funciones mediante los reglamentos orgánicos de los Ministerios, o sea, que deben ser excluidos cualesquiera otros instrumentos normativos de rango sublegal en la Administración Central. Por supuesto, que de conformidad con el artículo 31ejusdem, los órganos de la Administración Central, pueden desconcentrar funciones mediante otros tipos de instrumento de rango legal. También lo pueden hacer, como es lógico, las Administraciones Centrales y Descentralizadas estadales y municipales.

En este orden de ideas sería bastante discutible, pese a la vigencia del principio de jerarquía normativa, la creación de órganos desconcentrados de la Administración Pública Nacional, por parte de la Asamblea Nacional mediante ley, en virtud de que el artículo 236, numeral 20, como veremos en el próximo Capítulo, atribuye al Presidente de la República la potestad organizatoria.

No dejamos de reconocer que el establecimiento de la figura de la desconcentración administrativa, mediante los reglamentos orgánicos, que en realidad son organizativos, tiene pertinencia lógica, en virtud de que ciertamente todo traslado de competencias asignadas a los órganos centrales de los Ministerios, a los órganos regionales comporta una modificación o reforma del correspondiente reglamento orgánico, pero quizás dada la finalidad de esta fórmula organizativa pudo dejarse abierta la posibilidad de que también resultara procedente mediante otro tipo de reglamentos, pues al fin al cabo siendo los orgánicos, una categoría de

reglamentos que ejecutan la LOAP (ejecutivos), cualquier otro reglamento, siempre que sea ejecutivo, podrá modificarlos. Así por ejemplo, si mediante ley se regula la privatización del gas, y para la adopción de determinado acto se requiriese un dictamen técnico de una Dirección General del Ministerio de Energía y Minas, en el correspondiente Reglamento Ejecutivo de esa ley, de no existir la limitación bajo examen, podría reasignarse esa competencia a las Direcciones Regionales del mencionado Ministerio, produciéndose de esa manera la desconcentración.

b) En virtud de que aparece configurada como una reasignación de competencias, sobre la base de una disposición normativa, debe concluirse que el traslado de la competencia al inferior es en forma **exclusiva y permanente**, razón por la cual la única manera de que eventualmente el órgano superior puede reasumir su competencia es mediante la modificación o reforma del correspondiente reglamento orgánico, o bien porque así lo disponga un instrumento normativo de rango legal. Debe quedar claro entonces que no resulta posible la revocatoria de la competencia transferida, mediante un acto administrativo.

c) Por cuanto se trata de una transferencia de competencia de forma permanente, debe concluirse que ese traslado competencial comporta tanto el ejercicio como la titularidad, motivo por el cual los actos que dicte el órgano desconcentrado son indudablemente imputables a él. De allí que de conformidad con lo preceptuado en la LOPA esos actos son susceptibles de ser impugnados, previa interposición del recurso de reconsideración por ante el titular del órgano desconcentrado, mediante el recurso jerárquico, por ante el Ministro, o el máximo jerarca. Desde luego, que esta disposición se aplicará hasta que entre en vigencia el artículo 7, numeral 9 de la LOAP, que convierte en opcional el agotamiento de la vía administrativa.

d) El artículo 90 de la LOAP. Concordado con el 31, permite postular que se consagra tanto la modalidad de la desconcentración periférica o regional, como la horizontal; e) La Ley pareciera optar por la

metodología, sin dudas válida, pero restrictiva, de condicionar la aplicación de la figura de la desconcentración administrativa, a la creación "ex novo" del órgano desconcentrado, cuando establece que los órganos de la Administración Central podrán crear órganos desconcentrados para que ejerzan sus atribuciones, y que una vez creados es cuando se produce la desconcentración. La aludida metodología resulta restrictiva porque vincula en una especie de relación de causalidad, la desconcentración con la creación de los respectivos órganos, cuando lo normal, si se quiere utilizar eficazmente a la desconcentración, es que el desarrollo de las funciones administrativas sea el que indique a los titulares de los órganos centrales, sí deben o no trasladarse competencias en forma permanente, a los órganos subordinados ya existentes.

Así por ejemplo, si el titular de una Dirección General del Ministerio de Infraestructura estima que un conjunto de competencias deben ser trasladas a las Direcciones Estadales de ese Ministerio, que ya existen, deberá proponer la modificación del respectivo reglamento orgánico del Ministerio. En todo caso lo importante que debe destacarse es que el precepto legal bajo examen resulta restrictivo en cuanto a la metodología seleccionada para la implementación de la desconcentración administrativa.

f) La LOAP regula en sus artículos 92 al 94 una forma especialísima de desconcentración administrativa, mediante la figura de los denominados **Servicios autónomos sin personalidad jurídica**, los cuales estudiaremos detalladamente en el Capítulo siguiente, la cual se inscribe dentro de la modalidad de la desconcentración horizontal o central, debido a que tienen su origen en la conversión de órganos, generalmente centrales, caracterizados porque mediante la prestación de servicios captan recursos para su funcionamiento, y el logro de sus objetivos, lo que comporta la reforma de los respectivos reglamentos orgánicos de los Ministerios.

Cabe advertir finalmente que el citado artículo 90 de la LOAP, al establecer de manera general que el órgano desconcentrado estará dotado de autonomía presupuestaria, administrativa, financiera o de gestión,

apunta más bien hacia los servicios autónomos sin personalidad jurídica, los cuales sin dudas actualmente constituyen una modalidad emblemática de los órganos desconcentrados, pero evidentemente que no constituyen el género, y al establecer esa especie de rasgo general que debería detentar entonces todo órgano desconcentrado, se incurre en un error que inclusive puede incidir sobre la buena marcha de la administración, pues desde el punto de vista conceptual no resulta para nada indispensable que el órgano desconcentrado esté dotado de autonomía presupuestaria, financiera o administrativa, pues su autonomía se limita a ejercer la competencia que le ha sido transferida, sujeto al principio de jerarquía administrativa.

Reconocemos que la modalidad de órganos desconcentrados denominados servicios autónomos sin personalidad jurídica, dado que operan sobre la base de la ruptura del principio de la unidad del tesoro, lo que les permite invertir sus fondos (tanto los aportados por el Estado, como los que recaudan), para el logro de sus objetivos y metas, pueda requerir de una o todas las categorías de las autonomías mencionadas en la norma, pero esa regla no debería extenderse a cualquier categoría de órgano desconcentrado nacional, no obstante tal como aparece redactada la disposición en comento, no resulta desacertada la tesis que erija a la autonomía en uno de los requisitos constitutivos de todo órgano desconcentrado.

10.4.5.3. **El control de los órganos desconcentrados.** Como ya vimos la LOAP, en el artículo 90, único aparte, establece en el ámbito de la Administración Pública Nacional, debido a la vigencia del principio de la integración de los órganos desconcentrados en la estructura organizativa de los órganos complejos, que al Ministro o al Jefe de la Oficina Nacional, según el caso, le corresponde ejercer el control jerárquico sobre esta clase de órganos. No obstante, en el ejercicio de este tipo de control realiza una distinción entre el control clásico y el control atenuado jerárquico. En efecto, deja el control clásico para ser ejercido sobre el órgano desconcentrado en aquellas competencias que no son objeto de

transferencia, pues debe recordarse que de conformidad con el encabezamiento del citado artículo 90, la desconcentración opera mediante la conversión de una unidad administrativa preexistente, dotada de sus competencias, en órgano desconcentrado, producto de la transferencia de nuevas atribuciones. Precisamente el control jerárquico clásico opera sobre éste cuando actúa o ejercita las referidas competencias preexistentes.

En cambio, cuando el órgano actúa las competencias transferidas (nuevas), entonces opera el control jerárquico atenuado, que como veremos más adelante, se caracteriza porque en el mismo no entran en juego la mayoría de los atributos en que se desagrega la jerarquía , razón por la cual este control jerárquico se parece más a un control de tutela. Es preciso subrayar que el control sobre los órganos desconcentrados debería limitarse al jerárquico en una o en las dos modalidades señaladas, pero obviamente si son convertidos o creados con autonomía presupuestaria, financiera, administrativa y de gestión, entonces deberán arbitrarse otros mecanismo de control, incluyendo al control externo de la Contraloría General de la República, como lo veremos en la oportunidad de estudiar a los servicios autónomos sin personalidad jurídica.

10.4.6. **Diferencias entre la desconcentración y otras fórmulas organizativas.** La desconcentración administrativa se diferencia de la delegación de funciones, porque en la primera existe una transferencia de competencia de manera permanente, originada en una disposición normativa; por tanto, únicamente puede ser revocada o "revertida" por otra disposición normativa; en cambio, en la delegación, la transferencia es esencialmente temporal, por tanto, puede ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante. La primera opera mediante un acto normativo, o sea de efectos generales, bien de rango constitucional, legal o sublegal. En Venezuela los instrumentos básicos en la Administración Central son los denominados reglamentos orgánicos previstos en la LOAP.

La segunda opera sobre la base de un acto de efectos particulares emanado, en el caso de Venezuela, del Presidente de la República, del

Vicepresidente Ejecutivo, de los Ministros, de los Viceministros, de los Gobernadores, Alcaldes y los máximos jerarcas de los entes que conforman a la Administración Descentralizada funcionalmente, a nivel nacional, estadal y municipal. La primera no tiene un límite en los órganos subordinados que conforman a la estructura organizativa, pero hay que advertir que ese principio en el caso venezolano aparece derogado por la Ley, en razón de que al consagrar únicamente a la desconcentración administrativa regional o periférica, sólo pueden transferirse competencias en las Direcciones Estadales de los Ministerios, excluyéndose cualquier otro órgano. La segunda está limitada, en nuestro ordenamiento, a todos los órganos inmediatamente inferiores bajo la dependencia de los señalados anteriormente.

Entre la desconcentración y la descentralización las principales diferencias son: en la primera la transferencia de la competencia es intraorgánica, en virtud de que se reasignan competencias a órganos subordinados, las cuales pertenecían a órganos superiores, todos (los superiores y los subordinados) integrantes de la misma estructura organizativa. En la segunda, la transferencia es intersubjetiva, porque el traslado de la competencia opera entre personas jurídicas diferentes. En la desconcentración la relación entre los órganos se basa en el principio de jerarquía; de ahí que el control ejercido sobre el órgano desconcentrado sea jerárquico. En la descentralización funcional se fundamenta en la autonomía, razón por la cual en principio el control ejercido sobre el ente descentralizado es de tutela. En general, la descentralización opera en Venezuela sobre la base de un instrumento de rango legal; en cambio, la desconcentración puede fundamentarse en un instrumento de rango legal, pero generalmente como vimos precedentemente, casi siempre es de rango sublegal.

10.5. **La descentralización.**

10.5.1. **Premisa introductoria.** Como lo expusimos en el punto relativo al inicio de la centralización administrativa, también la descen-

tralización puede mirarse desde la perspectiva política y administrativa (descentralización política y descentralización administrativa), siendo la segunda una derivación conceptual de la primera. En efecto, como quedó expresado precedentemente, centralización y descentralización son figuras antitéticas que revelan una forma de organización del Poder, dando lugar a las formas de Estado **unitario**, **federal** clásico, o a una especie de modalidad de este último, denominado **autonómico, o de base regional**. Por tanto, el examen de la evolución de la organización del Poder demuestra que durante el denominado Estado Absoluto, predominaba la fórmula de la centralización, inclusive como una derivación de la formación de los Estados Nacionales, que condujo a la desaparición del feudalismo.

Con el advenimiento del Estado de Derecho, los revolucionarios franceses reaccionan contra ese centralismo acentuado, y en consecuencia imponen la tesis de la descentralización, pero poquísimos años después Napoleón con su reforma del Año VIII, pone fin a esa experiencia, la cual por lo demás dado el contexto en el cual surgió condujo a un estado de caos y anarquía, y vuelve al centralismo suprimiendo el concepto de entidades locales, mediante la instauración de una autoridad unipersonal a nivel de los Departamentos, Distritos y Municipios, junto a los correspondientes órganos colegiados asesores. En toda Europa con mayores o menores matizaciones el centralismo se impuso, pero en el último tercio del siglo XIX, comienza a gestarse un vigoroso movimiento a favor de la descentralización política, es decir, a reivindicar una cierta autonomía para las comunidades locales, a partir de establecer una diferencia en lo que hasta entonces eran intereses públicos unitarios, entre el denominado interés nacional y los intereses locales, y de invocar la necesidad del autogobierno para poder atender eficientemente la última clase de intereses mencionada.

PARADA VÁSQUEZ (1997) resume muy bien la evolución de ese proceso así: “En un primer momento, el movimiento descentralizador persigue restituir el principio electivo en las Corporaciones locales; en

una segunda fase la descentralización presionará para asegurar un ámbito competencial propio y para soslayar las dependencias funcionales que comporta el sistema de tutelas y controles; un tercer objetivo de la descentralización (que coincide en el tiempo con el anterior) tiene una dimensión más política que administrativa, porque en un planteamiento próximo al federalismo instaura en unos casos, y en otros restaura, un nuevo nivel de administración territorial (Regiones o Comunidades Autónomas)". Por supuesto que en otros países de Europa y de América se ensayan los modelos de las Confederaciones y del Estado Federal, siendo este último la mejor expresión de descentralización.

10.5.2. **Descentralización política y descentralización administrativa.** Antes de referirnos a la clasificación del epígrafe conviene recordar que la descentralización es una fórmula organizativa que consiste en transferir competencias de un ente público a otro ente público, los cuales pueden ser ambos territoriales, o bien uno territorial y el otro institucional. Ahora bien, es necesario diferenciar la descentralización política, la cual comporta la atribución por vía constitucional de decisiones políticas originarias, verbigracia la función legislativa e inclusive la judicial. En cambio, la administrativa, comporta la transferencia, ordinariamente mediante ley, de competencias decisorias en materias únicamente administrativas. En ese orden de razonamiento constituye ejemplo emblemático de descentralización política aquella derivada de la forma de Estado Federal, e inclusive también, un poco en menor grado, la derivada de los denominados Estados regionales o autonómicos.

A los efectos de precisar aún más las mencionadas diferencias, cabe señalar que en un Estado Federal las competencias de los Estados miembros les son atribuidas por la **Constitución**, y se extienden a las de naturaleza **administrativa, legislativa y judicial.** En un Estado descentralizado administrativamente las competencias de las colectividades locales o entes territoriales descentralizados derivan de la Ley, y se extienden únicamente a las de naturaleza **administrativa.** En el Estado Federal, los Estados son autónomos en lo atinente al ejercicio de las competen-

cias que la Constitución les atribuye, o sea, que sobre ellos no ejerce ningún control –en ese sentido– el Estado Federal; en cambio, en el Estado Descentralizado administrativamente las colectividades locales, pese a su autonomía en la gestión de sus asuntos, de todas maneras están sujetas a cierto tipo de control por parte del Poder Central.

Sostiene LABAUDERE (1981), que existe una diferencia significativa entre las autoridades de las colectividades locales del Estado Descentralizado, y las autoridades de los Estados miembros del Estado Federal, por cuanto estas últimas van más allá de las "autoridades locales", en virtud de que constituyen un verdadero aparato gubernamental que comprende un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo y un Sistema Judicial; de allí que el citado autor sostenga que el Federalismo se presenta como un fenómeno político, y la descentralización como un fenómeno administrativo.

Finalmente, ha de reconocerse que no siempre existe una coincidencia entre la realidad y las construcciones doctrinarias, razón por la cual si se parte de la concepción de la descentralización política, expresada constitucionalmente mediante el modelo de Estado Federal o Regional o autonómico, cualquier lector podría afirmar que dicho modelo resulta casi perfecto en materia de descentralización, puesto que a través de las correspondientes cláusulas de distribución constitucional se produce la asignación originaria de competencias a los entes territoriales que conforman ese Estado descentralizado. Mas, la complejidad de los sistemas políticos actuales, y sobre todo de la Administración Pública, conducen a que los constituyentes consagren disposiciones tendentes a perfeccionar el diseño descentralizado del Estado, mediante la delegación o de la transferencia de competencias del Poder Central o Nacional o Estado Federal a los otros entes territoriales.

Por cuanto en el trazado constitucional de las competencias en los Estados Federales y autonómicos o regionales, generalmente quedan claramente especificadas a nivel de cada ente territorial, sus com-

petencias legislativas y judiciales, lo que suele ocurrir es que las referidas disposiciones incidan en el proceso de descentralización territorial, pero únicamente en materia administrativa, lo que no obsta para que se extienda a las competencias legislativas y judiciales, pero reiteramos que esa situación reviste un carácter excepcional.

En resumen, la descentralización política constituye una expresión emblemática de los Estados Federales, autonómicos o regionales, y supone una asignación constitucional (originaria) de las competencias a los entes territoriales, generalmente legislativas, administrativas y judiciales, quienes las ejercen en un marco de una gran autonomía, en el caso de los Estados Federales, y de un poco menos en los Estados autonómicos y regionales. Pero aún en el marco de la descentralización política, es posible hablar de descentralización administrativa, tanto territorial como funcional; de allí entonces que no constituya una incongruencia la solicitud por parte de la sociedad civil de mayor descentralización en Estados Federales. Igualmente puede, coexistir la descentralización administrativa, inclusive territorial, en un Estado unitario del mundo actual, en el cual se reconozca aunque en forma limitada, a las entidades locales. Además la descentralización administrativa funcional o institucional es una figura organizativa propia, tanto de los Estados descentralizados políticamente, como de los centralizados (unitarios).

10.5.3. **Descentralización territorial.** La doctrina francesa (VEDEL,1980, RIVERO, 1984, LAUBADERE,1984) sostiene que históricamente la descentralización está vinculada a la existencia de colectividades locales, englobadas dentro de colectividades más amplias, que se encargan de gestionar autónomamente sus propios asuntos, y precisa que son elementos determinantes de esta fórmula organizativa, en lo atinente a las organizaciones locales:

a) La existencia de necesidades propias de la colectividad local. Para ello resulta forzoso distinguir claramente entre las necesidades de todos los habitantes del territorio nacional, por ejemplo, la defensa na-

cional, el servicio postal telegráfico, y las necesidades propias o particulares de la colectividad local, por ejemplo, agua, electricidad, transporte, etc. Luego, sí es posible identificar una clase de asuntos locales, diferente de los asuntos nacionales, lo que impone la creación de servicios para atender a los primeros, también distintos a los servicios mediante los cuales se tutelan los segundos, se configura, en criterio de la doctrina francesa, el primer elemento de la descentralización vinculada a las colectividades locales.

b) La personalidad jurídica. El reconocimiento de asuntos locales determina la especificidad de las necesidades de cada colectividad, lo que conduce a que dicha colectividad pueda gestionar autónomamente esos asuntos, gestión que sólo puede lograrse mediante la obtención de un patrimonio propio, producto de la autonomía financiera de la cual debe estar dotada, en fin de bienes, personal, obligaciones y derechos distintos de los del Estado, para cuyo logro resulta indispensable otorgarle personalidad jurídica a la colectividad, constituyéndose ese hecho en el segundo elemento de la descentralización.

c) Elección de los órganos de la colectividad local. Agrega RIVERO (1984) este tercer elemento de la descentralización, por cuanto estima que si los órganos de las colectividades locales siguen bajo la dependencia del poder central (control jerárquico), entonces, no se podrá hablar sino de centralización, pese a la existencia de los dos elementos anteriores. Dicho elemento consiste en la sustitución del mecanismo de la designación de los titulares de los órganos locales, por el Poder Central, por el mecanismo de la elección.

Insistimos en que los anteriores indicadores resultan necesarios, desde el punto de vista teórico, para poder hablar con propiedad de descentralización territorial, pero no debe olvidarse que en definitiva en su versión más acabada requiere para su existencia de la consagración constitucional, mediante el modelo de Estados tantas veces mencionados. O sea, que si bien son necesarios dichos indicadores, la Carta

Constitucional debe crear los entes territoriales dotarlos de autonomía, y asignarle sus competencias. Por supuesto que el Derecho positivo puede arbitrar fórmulas para instaurar un sistema de descentralización administrativa territorial, aunque no aparezca expresamente establecida en la Constitución, siempre, claro está, que la regulación legal no resulte incompatible con el texto constitucional.

10.5.4. **La descentralización funcional, técnica por servicio (Francia), institucional (España), autárquica (Italia).** Conforme a la doctrina Italiana este tipo de descentralización encuentra su fundamento formal en la potestad que tiene todo Ordenamiento Jurídico General para calificar a los sujetos de dicho Ordenamiento. Consiste, en criterio de SANDULLI (1974), en la "entificación de algunos intereses que afectan particularmente al Estado, en sujetos distintos a él, quienes pasan a ser sus auxiliares, los cuales por estar enlazados al Estado por vínculos de tan íntima conexión, se consideran encuadrados en su misma organización, designándose como entes públicos". A diferencia de la descentralización territorial, uno de cuyos fundamentos es la satisfacción de una necesidad pública del ente local, en la institucional lo que priva es el interés de un servicio, o de una función específica, por ejemplo vivienda, transporte, etc, que el ente territorial ha debido asumir ante el reclamo de los derechos sociales por los ciudadanos.

El origen de este tipo de descentralización, según CABALLERO (1984), deriva de una posición de HAURIOU en 1895, quien "como reacción contra los fines políticos que abrigaba la descentralización territorial, propone lo que se consideró una nueva vía: El temor a las ideas socialistas, que a su juicio ponían en peligro la unidad política, lleva a Hauriou a pensar en una fórmula a través de la cual la descentralización no opere sobre unidades territoriales, sino sobre organismos con objetivos concretos. De allí en adelante, la descentralización por servicios en la doctrina francesa pone el acento –primordialmente– en la existencia de la persona jurídica, de la cual es dotado el servicio que se separa de la Administración Central, dando origen así a un establecimiento público".

Esta concepción francesa pasa a otros ordenamientos y actualmente, con pocos matices, ha sido recogida en la legislación de la mayoría de los países del Mundo Occidental, y puede resumirse en la definición con que iniciamos el presente punto, esto es, la transferencia de competencias de un ente público territorial a otro ente público no territorial, la cual revela los elementos esenciales de la descentralización funcional o institucional, a saber:

a) Existencia de dos sujetos de derecho. Esto es, un ente transfirente de la competencia, y un ente receptor de la competencia transferida. Respecto a este elemento es necesario hacer las siguientes precisiones: En primer lugar, a diferencia de la tendencia doctrinaria dominante acerca de la delegación de funciones, en la cual se transfiere el ejercicio de la competencia, manteniendo el delegante la titularidad de la misma, siendo por tanto, la delegación esencialmente revocable, en la descentralización, se traslada la titularidad de la competencia, motivo por el cual el ente transfirente ve reducida en forma definitiva su esfera de competencia, y el ente receptor correlativamente vea aumentar en esa misma proporción la suya. Por esta razón la competencia transferida no resulta susceptible de revocación, salvo claro está por vía legislativa, mediante la modificación de la ley creadora del ente receptor. En segundo lugar, la doctrina clásica postula que tanto el ente transfirente como el receptor deben tener carácter público, inclusive, que el primero debe ser territorial y el segundo institucional o funcional.

b) La transferencia de competencias. En la concepción de descentralización funcional se impone que el ente público transfirente traslade **competencias,** que previamente le han sido asignadas por una norma legal, es decir, potestades decisorias, al ente receptor. En otros términos, si la competencia –como lo vimos anteriormente– es la medida de las potestades asignadas a los entes públicos, mediante una disposición normativa, su traslado o transferencia únicamente puede operar de un ente público a otro ente público, lo que excluye categóricamente que pueda producirse dicha transferencia de un ente público a uno privado. Tal con-

cepción se ajusta perfectamente a la definición de descentralización funcional con que iniciamos el presente punto.

c) Patrimonio propio. La ley de creación de los entes descentralizados funcionalmente les otorga patrimonio propio, y por ende, distinto del patrimonio del respectivo ente territorial en que se origina, con la finalidad de que pueda cumplir en un régimen de una autonomía relativa, con los fines que le asigna la Ley.

d) Régimen de control. Si bien es cierto que los entes descentralizados institucionalmente gozan de una autonomía, ello no quiere decir que actúan al margen de las finalidades generales del Estado o ente territorial que los crea. Es por ello que en el mismo texto legislativo se establecen mecanismos de control, distintos por supuesto, al control jerárquico, destinados a orientar las actividades del ente descentralizado con las realizadas por el Estado. Esos mecanismos son conocidos doctrinariamente como "control de tutela", o "tutela administrativa"., y ahora en Venezuela como "control de adscripción".

Cabe finalmente señalar que una parte de la doctrina suele hablar también de otra modalidad de descentralización administrativa denominada "**por colaboración, o corporativa**", que ciertamente es una modalidad de la descentralización funcional, porque se articula sobre la prestación de un servicio o una función específica, que le es atribuida por ley a determinados entes públicos, tales como los Colegios Profesionales y las Academias en Venezuela. Esos entes a quienes se transfiere dicha competencia, por cuanto no tienen establecida relación de jerarquía ni de dependencia con el Estado, colaboran con la función que realiza éste.

10.5.5. **La descentralización administrativa institucional en Venezuela.**

10.5.5.1. **Tesis predominante durante la vigencia de la Constitución de 1961.** Como tantas veces hemos afirmado a lo largo de este

libro, pese a la gran importancia tanto cuantitativa como cualitativa que adquirió la Administración Nacional Descentralizada institucionalmente después de la década del 60, el Congreso de la República no logró sancionar una ley que regulase ese sector de la Administración Pública, lo que originó no pocos problemas interpretativos, de carácter general, con relación a los aspectos subjetivos de los entes descentralizados, sus especies, los mecanismos de creación, la naturaleza de sus actos, etc, que intentaron ser resueltos por vía jurisprudencial y doctrinaria, acudiendo a las pocas normas dispersas en el ordenamiento jurídico, especialmente en el caso de los institutos autónomos, el artículo 230 de la Constitución de 1961.Fue así como se impuso la tesis jurisprudencial que superó el postulado de la descentralización funcional, relativo a la transferencia de competencia de ente público a ente público, que excluye la posibilidad de que el ente receptor tenga carácter privado. En efecto, en reiteradas sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia se sostuvo que las empresas del Estado, fundaciones y asociaciones civiles del Estado, las cuales, sin ninguna duda, eran y son estatales, de derecho privado, formaban parte de la estructura de la Administración Pública Nacional, y concretamente, de la rama que se conoce como Administración Descentralizada. Luego, esta tesis jurisprudencial, que además era compartida por la doctrina nacional mayoritaria (BREWER,1978; CABALLERO, 1984; LARES,1990), ponía en evidencia la modificación sustancial del esquema original de transferencia de competencias, pues el ente transfirente –en esos casos– seguía siendo público, pero el receptor era privado, verbigracia en el caso de empresas estatales como PDVSA, CADAFE, EDELCA, etc.

De otra parte, también el criterio relativo a que el ente transfirente debe tener carácter territorial (República, Estados, Municipios), fue superado en una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, al declarar que un ente derecho privado, como lo es una fundación, puede ser creado por un ente de la Administración Descentralizada funcionalmente. Efectivamente, el extinto Máximo Tribunal, en sentencia del 6 de diciembre de 1989, sostuvo:

> *"...Dicho instrumento surge cuando determinado ente de derecho público destina de sus fondos algunos recursos para crear personas de derecho privado, con el objeto de que éstas lleven a cabo determinados servicios o actividades que le han sido atribuidos de manera general. La tutela se da entre entes (sic) de la Administración Central (sic) y los de la Administración Descentralizada,* ***pero nada impide que también exista entre entes descentralizados, cuando uno de ellos descentraliza sus funciones o cometidos.*** *Por tanto, la tutela como mecanismo de supervisión o control no es propio sólo de los entes centralizados respecto de sus entes descentralizados de derecho privado,* ***sino también de los entes descentralizados de derecho público con relación a sus entes descentralizados de derecho privado".*** (énfasis añadido) *[Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia. Exp. 323].*

Cabe advertir que la sentencia transcrita parcialmente, rompió con varios principios doctrinarios en materia de descentralización funcional, pues en primer lugar, admitió que este tipo de descentralización opera de un ente público institucional, por tanto, no territorial, a un ente de derecho privado, lo que a su vez genera una descentralización funcional de segundo grado, no contemplada legalmente, en el entendido de que las Fundaciones y las empresas del Estado se integran a la estructura de la Administración, en segundo lugar, desatendió al marco conceptual que origina la idea de descentralización, cual es, como sostiene la doctrina francesa, la oposición entre centro y periferia, es decir, la sustracción de competencias concentradas en los órganos centrales para trasladarlas a las colectividades locales, o a entes distintos del central. En el fallo transcrito tal orientación es totalmente soslayada, en virtud de que no se transfieren competencias de un órgano del único ente público nacional territorial (la República), sino de un ente descentralizado, que antes había sido creado por la República, precisamente en un procedimiento descentralizador, a otro ente descentralizado, lo que revela un caso de "descentralización de la descentralización" ; y en tercer lugar, postula que el control de tutela

puede ser ejercido por un ente público institucional sobre otro ente privado, también descentralizado institucionalmente, posición que atenta contra la concepción doctrinaria y legislativa atinente a que dicho control, como veremos más adelante, únicamente opera entre entes de derecho público.

Igualmente, la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia rompió con el postulado clásico, ajustándose tal vez a las tendencias predominantes en el Derecho comparado, relativo a que al transferirse únicamente competencia de ente público a ente público, para el perfeccionamiento de la descentralización administrativa, entonces se excluía de esa rama de la Administración (descentralizada institucionalmente) a los entes de derecho privado, a los cuales en la gran mayoría de los casos no se trasladaban competencias. En efecto, el referido Tribunal, quizás siguiendo las orientaciones doctrinarias predominantes en el país, consideró como entes descentralizados a las empresas, a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado. De modo, pues, que en el marco de esa tesis jurisprudencial había descentralización funcional cuando se transferían competencias, pero igualmente había en caso de traslado de actividades, como por ejemplo, cuando el Estado constituía una empresa, conforme al régimen mercantil, en la cual tiene una participación accionaria superior al cincuenta por ciento, para vender hierro, azúcar o cualquier otro producto.

10.5.5.2. **La tesis a partir de la vigencia de la Constitución de 1999.** Hay que señalar que si bien la Constitución vigente no trae una disciplina sistemática sobre la descentralización funcional, excede la regulación única sobre los institutos autónomos que traía la Constitución de 1961, ya que varios de sus dispositivos contienen regulaciones que permiten inferir principios acerca de esta fórmula organizativa En efecto, del artículo 142 constitucional que establece que los **institutos autónomos** sólo pueden crearse por ley, es posible derivar, al igual que durante la vigencia de la Constitución anterior, el principio de la descentralización administrativa funcional, pero referido exclusivamente a entes pú-

blicos, esto es, que la transferencia de las competencias opera de un ente territorial (la República) hacia una persona jurídica de derecho público encargada de tutelar los intereses públicos relacionados con las competencias transferidas. Es importante resaltar que fue el modelo clásico, indiscutible, porque además tenía fundamento constitucional, durante mucho tiempo en Venezuela.

Pero como se expresó anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia en el contexto del mismo marco conceptual, esbozaron la tesis hacia el otro modelo de descentralización funcional: el relativo a las empresas, las fundaciones y las asociaciones civiles del Estado, el cual no dejaba de suscitar discusiones, en virtud de que rompía con varios de los principios sobre los cuales aparecía montado el concepto ortodoxo de descentralización funcional (los que examinamos en el punto anterior). Ahora bien, es necesario precisar que la Constitución de 1999 supera la tesis clásica que se infería de la regulación de los institutos autónomos, y admite categóricamente que la descentralización funcional se extiende a las denominadas personas jurídicas estatales. En efecto, en su artículo 300 prescribe:

"La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de **entidades funcionalmente descentralizadas** para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan". De modo, pues que de conformidad con el precepto transcrito la descentralización funcional pasa a ser una figura organizativa de relevancia constitucional, en la cual quedan comprendidos por supuesto los entes públicos, pero igualmente la categoría de las personas jurídicas estatales, previstas y calificadas como de derecho privado en el artículo 180 Constitucional, que son a las que se refiere el artículo 300, pues su finalidad es la realización de actividades sociales y **empresariales**.

Por lo demás el referido precepto constitucional encuentra desarrollo parcial en el artículo 6, numerales 8, 9 y 10 de la Ley Orgánica de

la Administración Financiera del Sector Público, en el cual aparecen claramente identificadas como expresiones de la descentralización funcional las sociedades mercantiles en las cuales la República o las demás personas o los demás entes públicos enumerados en los numerales 1 al 7, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social. También las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional; las sociedades mercantiles en las cuales las sociedades identificadas anteriormente tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social, y las fundaciones, asociaciones civiles constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas enumeradas en el citado artículo 6.

Por otra parte, el artículo 7 ejusdem se encarga de clasificar **los entes descentralizados funcionalmente** sin fines empresariales y con fines empresariales, incluyendo dentro de los primeros a los institutos autónomos, a las personas jurídicas estatales de derecho público, y a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado. Dentro de los segundos incluye a las sociedades mercantiles de primer y segundo grado. Así mismo la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública en su artículo 29 clasifica a los entes descentralizados funcionalmente en dos clases: entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado, y entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público.

Queda pues demostrado que actualmente tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, así como la Ley de la Administración Pública, consagran a la descentralización funcional, y sientan principios que deberán ser desarrollados legislativamente. Y de los mismos se desprende: a) Que esta modalidad de descentralización implica la creación de entes de derecho público, tales como los institutos autónomos, las Universidades Públicas y el Banco Central de Venezuela, lo que refleja la transferencia de competencias de un ente público territorial a un ente descentralizado funcionalmente. Pero

también de derecho privado, tales como las personas jurídicas estatales, entre las cuales se cuentan las denominadas empresas del Estado (sociedades mercantiles) las fundaciones y asociaciones civiles del Estado, lo que en principio evidencia la transferencia de competencias de un ente central a un ente descentralizado funcionalmente de derecho privado. Hay que añadir otra categoría de entes públicos, tales como los colegios profesionales y las academias científicas, las cuales serían expresiones de la denominada descentralización funcional por colaboración o corporativa; b) la descentralización funcional de un ente público descentralizado funcionalmente a ente privado descentralizado funcionalmente. Sería el caso a la luz del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que faculta a un Instituto Autónomo o una Universidad para constituir una Fundación o una sociedad mercantil, e inclusive de ente privado (persona jurídica estatal) a ente privado. Sería el caso de conformidad con el mismo precepto antes citado, que una sociedad mercantil creara otra sociedad mercantil. Sin dudas que esta regulación no resulta nada ortodoxa en materia de descentralización funcional, por las razones que expusimos en el punto 10.5.5.1, pero así aparece recogida en el aludido texto legislativo, el cual de alguna manera recoge la doctrina sentada en esta materia por la extinta Corte Suprema de Justicia; y c) la descentralización funcional comporta tanto la transferencia de competencias como de actividades del ente central al ente descentralizado.

10.5.5.3. **La descentralización funcional en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001**. La ley disciplina a esta fórmula organizativa en el artículo 29, en los siguientes términos:

> *"Los titulares de la potestad organizativa podrán crear entes descentralizados funcionalmente cuando el mejor cumplimiento de los fines del Estado así lo requiera, en los términos y condiciones previstos en la Constitución y en la presente Ley. Los entes descentralizados funcionalmente serán de dos tipos:*

1. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado: estarán conformados por las personas jurídicas constituidas y regidas de acuerdo a las normas de derecho privado en los términos de la presente Ley y serán de dos tipos:

a) Entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales: serán aquellos entes descentralizados funcionalmente que no realicen actividades de producción de bienes o servicios destinados a la venta cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República, los estados, los distritos metropolitanos, o los municipios.

b) Entes descentralizados funcionalmente con fines empresariales: serán aquellos cuya actividad principal sea la producción de bienes o servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan fundamentalmente de esta actividad.

2. Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público: estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas.

La descentralización funcional podrá revertirse por medio de la modificación del acto que le dio origen.".

Es necesario advertir que el dispositivo transcrito es producto de la proposición de un Diputado durante la segunda discusión para sustituir el que traía el proyecto. En efecto dicho parlamentario motivó su proposición así: " Vamos a plantear una modificación en la redacción de este artículo, para adaptarlo a la regulación que en esta materia establece la Ley Orgánica de la Administración Financiera", y a continuación leyó el texto del esquema normativo, el cual resultó aprobado sin que se formulara al proponente ni siquiera una interrogante, y como es lógico imaginarse mucho menos se produjo intervención alguna.

Pues bien, debe admitirse que en términos generales el encabezamiento del nuevo artículo repite el encabezamiento del sustituido, dado que consagra el principio general sobre la descentralización funcional, razón por la cual se ajusta al marco conceptual elaborado por la doctrina sobre esta figura organizativa, expuesto en los puntos anteriores, y lo que es más importante armoniza con el artículo 142 de la Constitución que disciplina la creación mediante ley (reserva legal) de los institutos autónomos, que contiene la norma fundamental en materia de descentralización funcional mediante entes públicos. Pero también se ajusta al artículo 300 ejusdem, que a su vez es la norma básica en materia de creación de entes descentralizados funcionalmente que sean estatales, y no revistan el carácter de públicos, tales como empresas del Estado, fundaciones, sociedades y asociaciones civiles del Estado.

No se puede afirmar lo mismo de casi todo el resto del artículo, cuyo examen revela, en nuestro criterio, un conjunto de errores formales y sustantivos, entre los primeros cabe destacar que los legisladores en la segunda discusión ignoraron que estaban consagrando un principio general de la Administración Pública, que debía ser incluido en el título denominado "Principios y bases del funcionamiento y organización de la Administración Pública", cuya regulación al igual que la de los otros principios (competencia, delegación, encomienda, etc.), no requería que se precisaran detalles, máxime si se tiene en cuenta que varios de esos principios encuentran un desarrollo operativo en otra parte del texto legislativo, y éste en concreto en el Título IV denominado "De la desconcentración de la descentralización funcional" (sic). De allí que se imponía la prudencia al consagrar el principio general, y evitar precisar detalles que perfectamente podían fijarse al desarrollar cada una de las modalidades de los entes descentralizados funcionalmente, pues además de que la técnica resultaba incorrecta se corría el riesgo de incurrir en contradicciones, como en efecto ocurrió.

Por otra parte, si se trataba de estatuir un principio general organizativo como la descentralización funcional, en una ley organizativa pre-

vista especialmente en un precepto constitucional (art. 236, num. 20), no procedía intentar adecuarlo a cualquiera otra ley, porque si eventualmente se llegaba a producir una conflicto internomativo, su solución debía estar presidida por el principio de la especialidad. Dicho sea de paso, resultaba muy difícil que se produjera una inadecuación con la Ley Orgánica de la Administración Financiera (LOAF), en la formulación del principio general, porque ésta no contempla formulaciones de este tipo, ya que en ese sentido se limita a identificar los entes (todos) que conforman el denominado sector público.

Pero más importantes que esos errores adjetivos resultan los sustantivos, entre los cuales destacan, en primer lugar, que se privilegia a los efectos de distinguir a las categorías de entes descentralizados funcionalmente, a las **formas jurídicas originarias**, superada hace bastante tiempo, al referirse a "Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho privado y Entes descentralizados con forma de derecho público"; en segundo lugar, que en vez de adecuarse, como al parecer era la intención, lo que hace es contrariar a la LOAF. En efecto, los legisladores olvidaron que el texto legislativo mencionado lo que hace es enumerar los entes públicos, entre los cuales están la República, los Estados, los Municipios, etc., y privados, entre los cuales destacan las sociedades mercantiles, las fundaciones y las asociaciones civiles, que conforman el **sector público**.

Y en ese mismo orden de ideas el referido texto trae una clasificación de esos entes, excluyendo lógicamente a los de naturaleza territorial, en empresariales y no empresariales, pero sin distinguir entre públicos y privados. Así por ejemplo, clasifica como entes descentralizados funcionalmente **no empresariales**, sobre la base de que no producen bienes y servicios destinados a la venta, y sus recursos e ingresos provienen del presupuesto de la República, e incluye en esta categoría, sin distinguir el carácter público o privado, a los **institutos autónomos**, a las **personas jurídicas estatales de derecho público**, y a las **fundaciones y asociaciones civiles del Estado**.

En cambio la LOAP al definir a los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, como constituidos con forma de derecho privado y regidos por normas de ese mismo derecho, excluye a los de naturaleza pública previstos en la LOAF (institutos autónomos y personas jurídicas de derecho público), reduciendo la categoría a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado. Queda claro entonces que en lugar de una adaptación a la LOAF, el nuevo dispositivo que tenía como finalidad, según su proponente, adecuar las categorías de entes descentralizados funcionalmente a las definidas en la LOAF, configura una contradicción parcial.

Por cuanto concierne a la categoría de los entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público, regidos por normas de derecho público, el asunto se torna más confuso aún, porque la disposición bajo examen establece que pueden tener **fines empresariales o no empresariales**, clasificación ésta que existió originalmente en Francia, y originó un sin número de problemas interpretativos, al punto que se llegó a la clasificación de los denominados establecimientos público en industriales y comerciales, y establecimientos administrativos. Pareciera que importar –aunque sea de manera intuitiva– esa problemática no resultaba aconsejable, máxime si los legisladores debían haber tenido en cuenta que de alguna manera los artículos 142 y 300 de la Constitución de 1999, establecen un sistema que dificulta, por no decir que impide, esa clasificación, al pautar que los entes descentralizados funcionalmente de carácter público deben ser creados por ley; y los entes descentralizados funcionalmente deben ser creados conforme a las previsiones o parámetros generales de una ley especial destinada a regular a los entes privados (estatales) de la Administración Descentralizada funcionalmente.

De modo, pues que al haber creado esas categorías de entes públicos con fines empresariales y sin fines empresariales, se corre el riesgo de extrapolar los problemas antes indicados, pero sobre todo puede haberse configurado una incompatibilidad con los citados preceptos constitucionales. Por otra parte, es necesario destacar que resulta poco ortodoxo

plantear, como lo hace el dispositivo normativo bajo examen, la creación de un **ente público que no tenga atribuido el ejercicio de potestades públicas**. En realidad este supuesto de hecho nos resulta difícil de imaginar, máxime si se toma en cuenta que inclusive los entes privados estatales, siempre tienen un núcleo regido por el Derecho Público, que eventualmente origina el ejercicio de potestades públicas; luego, con mayor razón un ente público debe necesariamente estar dotado de potestades públicas, pues de lo contrario será un ente de otra naturaleza.

Cabe señalar que la parte " in fine" del artículo 29 de la LOAP que establece el carácter "reversible" de la descentralización funcional, mediante la modificación que le dio origen, resulta innecesaria si lo que se pretende con ella es que los órganos transfirentes de la Administración Central reasuman la competencia transferida a los entes públicos (Institutos Autónomos), pues bastará aplicar la regla general prevista en la Constitución y en el Código Civil relativa a la modificación o derogación del correspondiente instrumento normativo: ley nacional, estadal u ordenanza, sin necesidad de establecerlo expresamente.

Inclusive tal como aparece redactada la norma podría originar problemas interpretativos, dado que no resulta descartable la formulación de una tesis que predique que sólo resulta posible la restitución de la competencia transferida exclusivamente al órgano transfirente de la Administración Central respectiva; y en consecuencia; la prohibición de la transferencia de esa competencia a otro ente distinto, es decir, que no podría lograrse la transformación del ente en otro ente público, o en un ente estatal, porque para ello se requeriría obviamente el traslado de la competencia, y tal como aparece planteado en la norma siempre la modificación o derogación del instrumento normativo de creación conduciría a la reversión de la competencia al órgano de la Administración Central que la transfirió. De allí pues, que la norma además de redundante, puede llegar a suscitar problemas interpretativos como el enunciado. En el caso de la reversión de la descentralización funcional referida a los entes estatales de derecho privado, vale el mismo argumento de la redundancia,

tanto para el acto del ente público que autoriza la creación, como lógicamente para el acto mismo de creación por ante la Oficina de Registro respectiva.

Finalmente, cabe reseñar que el artículo 32 de la LOAP al disciplinar la consecuencia de la descentralización funcional, comienza estatuyendo correctamente que ella comporta la transferencia de la titularidad de la competencia, y por ende, agregamos nosotros, su ejercicio, pero al referirse a los efectos de la aplicación de esta fórmula incurre en el mismo error –ya señalado anteriormente– de confundir la responsabilidad patrimonial y general de la persona jurídica descentralizada y de los funcionarios, o mejor de los titulares de los órganos del ente descentralizado, con la imputación de los proveimientos que emanen en ejercicio o ejecución de la competencia, tal como lo expusimos en el punto 10.4.5.2.1.

10.6. **Aproximación al proceso de descentralización territorial delineado en la Constitución de 1999.**

10.6.1. **Premisa introductoria.** Cabe señalar que este punto, como es lógico pensar, no forma parte del Tema **11** del Programa de Derecho Administrativo I, y realmente encuadra en el Tema 15 denominado "La Administración Descentralizada Territorialmente. El Régimen de los Estados. El Distrito Federal, ahora Metropolitano o Capital", no obstante, por considerarlo de mucha importancia, pasamos a realizar más que un análisis, una explicación sucinta de la figura organizativa de la descentralización en el marco de dicho proceso, porque como ya señalamos escapa a los límites del presente trabajo. Ahora bien, como actualmente el proceso de descentralización administrativa territorial en la práctica sigue descansando en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD), pese a que la misma fue parcialmente derogada por la Constitución (inconstitucionalidad sobrevenida), hasta tanto se dicte la disciplina sobre la descentralización que deberá estar montada fundamentalmente sobre las leyes nacionales de transferencia de competencias exclusivas, de bases y las

leyes estadales de desarrollo, nos vemos casi constreñidos, dado el carácter didáctico de la obra, a realizar un resumen de las bases normativas y doctrinarias del proceso de descentralización administrativa territorial cumplido hasta ahora, el cual además seguramente ayudará en la comprensión de la disciplina que se diseñe atendiendo a las previsiones de la Constitución de 1999. Inmediatamente abordaremos únicamente el examen de esas previsiones constitucionales, dada la carencia de desarrollo legislativo de las mismas, y sobre todo obedeciendo a los límites fijados al presente Capítulo.

10.6.2. **Antecedentes y bases normativas de la descentralización administrativa territorial fundamentada en la LOD.** Como expresamos anteriormente, no necesariamente la descentralización política comporta un proceso de descentralización administrativa, como tampoco la centralización política comporta necesariamente un proceso de centralización administrativa; por tanto, se admiten distintas modalidades o combinaciones de acuerdo con la situación de cada país. Es así como la Constitución de 1961 consagraba en su artículo 2º, al imprimirle forma de Estado Federal (atípico) a Venezuela, la descentralización política; sin embargo, esa misma arquitectura constitucional condujo hasta el año 1989 al predominio de una acentuada centralización administrativa, en la cual los órganos centrales radicados en Caracas tenían la potestad de decidir las cuestiones fundamentales a nivel nacional, encargándose sus órganos jerárquicamente subordinados, ubicados en la periferia, de ejecutar dichas decisiones.

Pero al mismo tiempo debe reconocerse que sin haber llegado el constituyente de 1961 a elevar la descentralización administrativa a la categoría de principio de Administración Pública, como ocurre en la Constitución Española de 1978 (art. 150.3), sabia y prospectivamente consagró unas disposiciones destinadas a apuntalarla, contenidas en los artículos 22 y 137 de la Constitución. Por razones que no son del caso analizar, tales disposiciones vinieron a ser desarrolladas legislativamente veintiocho años después de la promulgación de la Ley Suprema. Así fueron

sancionadas la Ley de Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, la cual puso fin a una especie de disposición transitoria que permitía al Presidente de la República nombrar y remover libremente a los Gobernadores de Estado (art. 22), y reguló la elección de esos funcionarios mediante votación universal, directa y secreta de los electores de cada Entidad Federal, proceso electoral que se celebró por primera vez en diciembre de 1989, y la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, que desarrolló el artículo 137 de la Constitución de 1961, contentiva del marco regulatorio de la descentralización administrativa territorial.

Contribuyó a reforzar este cuadro normativo favorable a la descentralización, la reforma de Ley Orgánica de Régimen Municipal de ese mismo año (1989), en la cual se separan por primera vez las funciones administrativas y legislativas a nivel municipal, atribuyéndole las primeras al Alcalde, quien también es electo por los habitantes del respectivo Municipio en votaciones universales, directas y secretas, y las legislativas a los Ayuntamientos o Concejos Municipales, celebrándose las primeras elecciones de Alcaldes en 1989. Igualmente se inscriben dentro de esta misma orientación las Leyes sancionadas posteriormente, mediante las cuales se convierte a los Territorios Federales Amazonas y Delta Amacuro en Estados, lo que permite que a partir de 1996 hubiese veintidós Gobernadores de Estados electos, siendo designado por el Presidente de la República, únicamente el Gobernador del extinto Distrito Federal.

De modo pues, que a partir de 1989, debido a la presión ejercida por la sociedad civil, se promulgan los mencionados instrumentos normativos que constituyen el marco regulatorio de la descentralización administrativa, siendo el fundamental la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LOD), la cual ha sido objeto de varios reglamentos parciales. Este texto legal reviste una especial particularidad, pues pese a ser una Ley formal, en los términos a que aludía el artículo 162 de la Constitución derogada, su formación y sanción debió cumplir un procedimiento más

agravado que el exigido a las leyes formales, e inclusive a las leyes orgánicas por investidura parlamentaria. Efectivamente, el artículo 137, ejusdem, prescribía:

> *"El Congreso,* ***por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada*** *Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la* ***descentralización administrativa****"* (énfasis añadido).

El requerimiento del voto favorable de las dos terceras partes de cada una de las Cámaras devino en el requisito enunciado supra, cuya exigencia encontraba su fundamento en que la transferencia de competencias, que de suyo, la Constitución atribuía al Poder Nacional, significaba una clara modificación a las cláusulas atributivas de competencias a los Estados, a los Municipios y a la República, contenidas en los artículos 17, 30 y 136 de la Constitución de 1961, que revisten en los Estados con forma federal (así sea atípica) una importancia capital, las cuales a su vez –en el caso venezolano– se complementaban con las cláusulas de competencia residual delineadas en el artículo 17, ordinal 7º, ejusdem, a favor de los Estados, y de "competencias implícitas" establecidas en el artículo 136, numeral 25, a favor del Poder Nacional (República), ambos de la Constitución derogada.

Planteada así la situación, no cabía duda acerca de la existencia de un marco regulatorio expreso, a nivel constitucional, de la distribución de competencias constitucionales entre el Poder Nacional, los Estados y los Municipios. Por tanto, desde el punto de vista formal tal distribución únicamente podía ser modificada, mediante una enmienda o una reforma, a tenor de lo preceptuado en los artículos 245 y siguientes de la Constitución de 1961. Sin embargo, el constituyente otorgó un mandato al legislador para que, sin necesidad de recurrir a cualesquiera de esos procedimientos sumamente agravados, pudiera proceder a realizar la modificación en los términos previstos en el citado

artículo 137, esto es, atribuir competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados y a los Municipios, con la finalidad de ejecutar la descentralización administrativa.

Ha de destacarse que el punto nodal de la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional (República) a los Estados, estaba íntimamente vinculado con la determinación de cuáles, según la Constitución de 1961, eran las competencias exclusivas de cada uno de los mencionados entes territoriales, lo que en principio parecía sencillo, en virtud de que los artículos 17, 30 y 136 asignaban claramente dichas competencias constitucionales a los Estados, a los Municipios y a la República o Poder Nacional. Sin embargo, en la Constitución se enunciaban muchas competencias dispersas en varios artículos que eran asignadas genéricamente al Estado, sin especificar ninguno de los entes territoriales que lo conformaban. Así por ejemplo, el artículo 72, prescribía: "**EL ESTADO** protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades...", el 73, estatuía: "**EL ESTADO** protegerá la familia como célula fundamental...", y así sucesivamente.

Ante esta situación normativa resultaba imperativo determinar la intención de la Carta Magna en la asignación de esas competencias. Para ello tal vez hubiera sido útil acudir tanto a la cláusula de competencia residual a favor de los Estados (art. 17, ord. 7º), como a la cláusula de competencias implícitas a favor del Poder Nacional o República (art. 136, ord. 25º), y tomar en cuenta la identificación que se hacía en la Exposición de Motivos de la Constitución entre **ESTADO** y **REPÚBLICA**, la cual inclusive fue acogida a partir de 1983 por la extinta Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias, para dilucidar el alcance de la expresión "empresa en la cual el **ESTADO** tenga una participación decisiva" contenida en el artículo 42, num. 15, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia aún vigente parcialmente.

Ahora bien, el análisis de los documentos que sirvieron para preparar la LOD evidencia que ni siquiera se examinaron los elementos señala-

dos anteriormente, y se optó por seguir la tesis formulada originariamente por Brewer, acerca del carácter concurrente de esas competencias, y en tal sentido se sostiene en dichos documentos:

> *"... En efecto, la totalidad de los entes que conforman la organización política de la Nación, a los que la Constitución engloba bajo el término de 'Estado', realizan su actividad en ejercicio también, de una sola potestad genérica 'el Poder Público', que se distribuye vertical y horizontalmente. Por ello estimamos que todas las veces que la Constitución utiliza la palabra 'Estado' tiene que entenderse como comprensivo de la totalidad de los entes que conforman la organización política nacional (República, Estados y Municipios); en cambio, cuando la Constitución ha querido hablar específicamente de la República, de los Estados o de los Municipios, lo ha hecho expresamente (art. 124)".*

Sobre la base de la referida tesis, el Congreso de la República realizó un análisis de las competencias concurrentes, y las consagró, después de repetir el artículo 17 de la Constitución derogada (competencias exclusivas de los Estados), en el artículo 4º de la LOD, dando lugar a la delimitación de competencias constitucionales entre el Poder Nacional y los Estados. De ese proceso de delimitación de carácter normativo, se originaron los dos procedimientos en que se desagrega la descentralización administrativa territorial: la transferencia de servicios y la transferencia de competencias exclusivas, que a continuación pasamos a resumir:

10.6.2.1**. La transferencia de servicios.** Hasta la promulgación de la LOD, pese a que las competencias enumeradas en su artículo 4º, habían sido ejercidas casi como exclusivas por el Poder Nacional, razón por la cual los servicios (infraestructura física, personal, medios materiales, etc.) que permitían el ejercicio de dichas competencias pertenecían al Poder Nacional, lógicamente, distribuidos en las entidades federales. En consecuencia, como no resultaba posible trasladar competencias a los

Estados, porque les pertenecían por obra de la Constitución, debido a su carácter concurrente, únicamente podían ser transferidos dichos servicios a los fines de que éstos ejercieran las referidas competencias, lo que revelaba, en estricta puridad conceptual, que no se trataba ni se trata de una verdadera modalidad de descentralización, pues para ello se requiere que necesariamente se produzca una transferencia o traslado de competencias de un ente a otro, lo que en este caso resultaba inexistente.

En este orden de razonamiento ha de precisarse que en la transferencia de servicios no se trasladaba ni se traslada ni titularidad ni ejercicio de competencia alguna, porque los Estados, al igual que los Municipios poseían dicha titularidad por obra de la Constitución, y podían ejercer la competencia sin estar sujetos a ningún tipo de restricciones por parte del Ejecutivo Nacional, salvo los mecanismos de coordinación que establecía la Constitución en algunos casos, como por ejemplo en materia de salud pública. Esto es tan cierto que varios Estados y Municipios antes de la promulgación de la LOD ejercían algunas de esas competencias, mediante los correspondientes servicios, verbigracia, educación y salud.

El procedimiento diseñado en la LOD para que operara la transferencia de servicios era complejo, por cuanto se perfeccionaba mediante una conjunción de actos emanados de los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacionales y Estadales. En efecto, el mencionado procedimiento podía ser iniciado por el Estado interesado, o por el Ejecutivo Nacional. En el primer caso (iniciativa del Estado), el marco regulatorio estaba contenido en el artículo 6 de la LOD, el cual prescribía que la transferencia de los servicios se debía hacer mediante **convenios,** y contemplaba las siguientes fases:

Cuando el Gobernador consideraba que la Administración del Estado podía asumir el servicio, debía presentar la solicitud al Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Asamblea Legislativa o de su Comisión Delegada. Una vez elevada la solicitud ante el Ejecutivo Nacional, éste en el plazo de noventa días debía presentar ante el Senado, o a la Comi-

sión Delegada del Congreso el Programa de Transferencia del servicio, el cual incluía la transferencia de bienes, personal y recursos financieros, así como los mecanismos de supervisión y coordinación de los servicios (art. 6, ord. 2º).

El órgano Parlamentario tenía que limitarse a aprobar o a improbar el programa de transferencia, ya que carecía de competencia para modificarlo. Si el Senado aprobaba el programa terminaba el procedimiento de transferencia, como igualmente debía considerarse concluido, si lo negaba. En este último caso la Ley no establecía el procedimiento para una nueva reproposición del Programa, pero bien podía reiniciarse a partir de la formulación de un nuevo convenio entre el Estado y el Ejecutivo, sin necesidad de oír nuevamente a la Asamblea Legislativa, o bien comenzar nuevamente desde el principio el procedimiento.

La iniciativa del Ejecutivo Nacional aparecía regulada en el artículo 7 de la LOD así: El Ejecutivo Nacional formulaba la proposición al Senado, órgano este que podía negarla o aprobarla, en un término razonable, pues la Ley no fijaba plazo alguno para que el referido órgano parlamentario emitiese su pronunciamiento. Si éste era aprobatorio, lo notificaba a la Asamblea Legislativa, pero el Parlamento Estadal antes de emanar su decisión, debía contar con la aprobación del Gobernador, pues si dicho funcionario no aprobaba el acuerdo del Senado, su negativa ponía fin al procedimiento, y lógicamente, perdía sentido el pronunciamiento de la Asamblea Legislativa. Pero si el Gobernador le impartía su aprobación al acuerdo del Senado, la Asamblea Legislativa debía **ratificar** o **no** dicho acuerdo dentro de los treinta días siguientes, y una vez emanado el acto ratificatorio, el Gobernador le ponía el ejecútese y procedía a celebrar los convenios respectivos con el Ejecutivo Nacional.

Finalmente, es preciso subrayar que el artículo 8 de la LOD contemplaba la reasunción o "reversión" de los servicios transferidos por el Ejecutivo Nacional a los Estados, a iniciativa de las Entidades Federales o del Ejecutivo Nacional, la cual debía formalizarse mediante la

presentación de una solicitud ante el Senado, órgano que estaba obligado a emanar la decisión positiva o negativa dentro de los noventa días siguientes.

10.6.2.2. **La transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional (descentralización administrativa territorial).** Debemos hacer notar que el artículo 11 de la LOD desarrollaba el 137 de la Constitución y patentizaba, en estricto rigor conceptual, el proceso de descentralización administrativa aludido en el citado dispositivo constitucional, por cuanto permitía el traslado de competencias exclusivas del Poder Nacional (República) a los Estados, con lo cual se modificaba el reparto de competencias diseñado originalmente en la Constitución, en virtud que acrecían las competencias de los Estados, y en esa misma proporción disminuían las del Poder Nacional. Asimismo cabe reiterar que la transferencia de la competencia comportaba el traslado de la titularidad de la misma, y lógicamente también de su ejercicio, razón por la cual una vez cumplido el proceso de transferencia no era posible que la República readquiriera las competencias transferidas por un acto unilateral de cualesquiera de sus órganos, ni siquiera por un Decreto del Consejo de Ministros, pues ello solamente podía ocurrir mediante una reforma de la LOD.

Cabe señalar que a diferencia de lo que ocurría con la transferencia de servicios, la LOD no establecía ningún procedimiento regulatorio de la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional, y optó por atribuir, en su artículo 11, parágrafo único, la potestad a las Asambleas Legislativas de asumir, mediante Ley especial, las competencias enumeradas en ese mismo artículo, pero a la vez establecía que hasta tanto no fuese dictada dicha ley estadal se mantendría el reparto competencial contemplado en la Constitución. Por consiguiente, el proceso de descentralización no podía ser, como en efecto no ha sido, ni uniforme ni simultáneo, pues estaba previsto que debía avanzar en la medida en que lo consideraren conveniente los propios Estados.

Finalmente, debemos señalar que con la finalidad de apoyar el proceso de descentralización administrativa regulado en la LOD, fue creado primeramente mediante Decreto ley el Fondo Intergubernamental para la Descentralización, el cual fue modificado posteriormente mediante Ley, a los efectos de optimizar su organización y funcionamiento en aras de acelerar y perfeccionar la descentralización administrativa. Con ese mismo fin fue sancionada la Ley de Asignaciones Especiales.

10.6.3. **Los principios sobre descentralización territorial recogidos en la Constitución de 1999.**

10.6.3.1. **Premisa introductoria.** Es necesario reiterar que en este punto no realizaremos un examen integral del proceso de descentralización en Venezuela, en primer lugar, porque excede el objetivo perseguido con el estudio de las fórmulas organizativas, y más concretamente con la **descentralización**, que como se ha visto, al igual que todas las anteriores, está circunscrito a la exposición de los lineamientos teóricos derivados de la doctrina, de la jurisprudencia, de la respectiva consagración normativa, o de todas esas variables a la vez; y en segundo lugar, porque abordar integralmente el nuevo proceso delineado en la Constitución, sobre todo en lo concerniente a su desarrollo y ejecución, requiere el estudio pormenorizado de varias importantísimas leyes que aún no han sido dictadas, bien como decretos leyes por el Ejecutivo Nacional, sobre la base de la Ley habilitante de 2000, bien promulgadas por la Asamblea Nacional, como son, entre otras, la Ley de la Hacienda Pública Estadal, contemplada en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 6, de la Constitución, la Ley del Consejo Federal de Gobierno (art. 185 ejusdem) y la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial (art. 185), aparte lógicamente de las **leyes especiales y de bases**, contempladas en los artículos 157 y 165, a los fines de transferir competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados, y regular las materias que sean objeto de competencias concurrentes de los mencionados entes territoriales, así como las correspondientes leyes de desarrollo que deberán sancionar los Consejos Legislativos Regionales (art. 165).

Debe quedar claro entonces que en realidad no se trata de un estudio del proceso de descentralización, el cual deberá iniciarse, o mejor dicho transformarse, sobre la base de las previsiones de la Constitución de 1999 y de los correspondientes desarrollos legislativos, no obstante intentaremos, pues debemos confesar que no nos resulta tarea fácil, presentar a los lectores una visión sistemática, de lo que en nuestro criterio intentó consagrar la Constitución, al parecer atendiendo al concepto importado, de "federalismo cooperativo", en materia de descentralización territorial, y sobre todo territorial administrativa.

10.6.3.2. **El indudable talante descentralizador del constituyente de 1999.** Resulta indudable que los constituyentes de 1999, a diferencia de los de 1961, quisieron dejar claramente establecida su vocación descentralizadora, al punto que incurren conscientemente en la tautología de definir al Estado venezolano, como **Federal descentralizado** (art. 4) en el Título I correspondiente a los "Principios Fundamentales", pues como expusimos antes, la doctrina del Derecho Público está conteste en que un Estado con forma federal refleja la fórmula más perfecta de descentralización. Al parecer privó en los constituyentes, al asumir esa decisión, la idea de desmarcarse del Estado Federal delineado en la Constitución de 1961, que ellos incorrectamente, por cierto, le dan el calificativo de "centralizado" en la Exposición de Motivos. En ese sentido la referida Exposición asienta "... el diseño constitucional consagra un Estado Federal que se **define como descentralizado**, para expresar la voluntad de transformar el anterior Estado centralizado en un verdadero modelo federal con las especificidades que requiere nuestra realidad". (énfasis añadido).

Queda demostrada entonces que desde los principios fundamentales el constituyente manifiesta su voluntad descentralizadora, la cual reitera en varios otros artículos del texto constitucional, a saber: en el 16, también en forma un tanto redundante, que pauta que la división político territorial debe estar regulada por una Ley Orgánica que garantice **la descentralización político administrativa**, porque la política, de suyo,

está comprendida en la concepción de Estado Federal, mas no así la administrativa territorial; en el artículo 84, pues al consagrar el derecho a la salud establece que a tal fin el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un **sistema nacional de salud**, de carácter intersectorial, **descentralizado** y participativo, lo que aparte de la aparente contradicción que pudiera reflejarse de la creación de un **sistema nacional**, que da la idea de concentración de competencias (centralización), revela la voluntad de configurar, quizás atendiendo a la importancia del derecho tutelado, una categoría especial de descentralización administrativa territorial.

Por otra parte, el artículo 157 contiene el modelo emblemático de la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados, es decir, el que realmente refleja, en estricta puridad jurídica, el concepto de descentralización territorial, que dicho sea de paso, se corresponde casi totalmente con el 137 de la Constitución derogada. El 158 contiene en realidad una declaración principista sobre la descentralización, o en términos de la Exposición de Motivos "una declaración general sobre la valoración del concepto de descentralización, como lineamiento estratégico de la política de desarrollo, no sólo a los fines de la democratización de lo público sino también como elemento decisivo para promover la efectividad y la eficiencia de los cometidos estatales"; el artículo 165, atendiendo a la naturaleza **concurrente** de varias competencias constitucionales, es decir, que las mismas son atribuidas de manera simultánea y no excluyente a los Estados, al Poder Nacional y a los Municipios, crea la figura de las **leyes de bases** (nacionales) y de **desarrollo** (estadales) para regular dichas competencias. Además establece la transferencia de **competencias y servicios** de los Estados a los Municipios, mediante los mecanismos regulados por el ordenamiento jurídico estadal. Y, finalmente el artículo 269 alude a la **descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial**.

La simple enumeración anterior de los preceptos que regulan la descentralización en Venezuela, a partir de su entrada en vigencia el 30 de diciembre de 1999, demuestra, utilizando un término muy castizo, el

talante descentralizador del constituyente de 1999, lo que resulta muy positivo, y ciertamente constituye un avance si se compara con el de 1961. Queda únicamente por ver si ese talante encuentra respuesta normativa y ejecutiva por parte de los diferentes órganos del Poder Público. Por lo pronto hay que registrar la tendencia centralista o centralizadora de la Asamblea Nacional, y obviamente del titular de la Contraloría General de la República, en la discusión de la Ley reguladora del mencionado órgano, afortunadamente aún no sancionada, al intentar obviar sin ningún pudor todo el marco constitucional sobre la descentralización, además expreso y hasta tautológico visualizado anteriormente, al pretender consagrar que los Contralores Estadales sean designados, y en cierta medida controlados por el titular del órgano nacional, esto es, la Contraloría General de la República. En fin, esperamos que el **"talante"** descentralizador del constituyente de 1999 encuentre en los detentadores del Poder la respuesta, no sólo adecuada, sino la debida constitucionalmente.

10.6.3.3. **El marco conceptual de la descentralización derivado de la Constitución de 1999.** Es necesario destacar que los constituyentes de 1999, pese al referido talante descentralizador, no hicieron más que reflejar estructuralmente en los preceptos constitucionales, el concepto de descentralización derivado de la normación (constitucional, legal y sublegal), que sirvió de base al proceso que se inició en el año 1989, por supuesto con las diferencias que examinaremos más adelante. Nuevamente el marco teórico de la descentralización aparece construido a partir de las cláusulas constitucionales que consagran las competencias **exclusivas** del Poder Nacional (art. 156), de los Estados (164) y de los Municipios (art. 178), y de la noción de **competencias concurrentes**, derivada de una postura doctrinaria que adquirió valor legal en la LOD, que postula que todo el resto de competencias atribuidas en forma general al **Estado**, deben reputarse asignadas a cada uno de los entes territoriales en los cuales se desagrega el Estado, es decir, al Poder Nacional (República), a los Estados y a los Municipios.

De esa manera se repite el esquema dual contemplado en la LOD: a) descentralización, "strictus sensu" en el marco conceptual y normativo venezolano, equivalente a transferencia de competencias **exclusivas** del Poder **Nacional**, o mejor de la persona jurídica territorial denominada República, al Poder **Estadal,** descentralización "latus sensu", también en el referido marco, que abarca la transferencia de **servicios** del Poder **Nacional**, a las personas jurídicas territoriales denominadas Estados, pero que implica además la competencia compartida en el ejercicio de la potestad legislativa con relación a esas materias. Queda así demostrado que los perfiles sobre descentralización contenidos en la Constitución de 1999, conducen inevitablemente a las modalidades antes señaladas, aunque es justo reconocer que se pretende darle mayor relevancia filosófica al proceso de descentralización, al punto que es erigido en el artículo 158 constitucional en una política Nacional con la finalidad de "profundizar la democracia y acercar el poder a la población...".

10.6.3.4. **La modalidad de descentralización "strictus sensu" (La transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados contenida en el artículo 157 de la Constitución).**

10.6.3.4.1. **Los antecedentes y el "iter" del precepto constitucional.** El artículo 157 preceptúa:

> *"La Asamblea Nacional, por la mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización"* .

El dispositivo transcrito repite sustancialmente, inclusive casi en idénticos términos, el artículo 137 de la Constitución de 1961, porque su "ratio" sigue siendo la misma: ejecutar un proceso de descentralización territorial, más allá del diseñado por la Constitución al consagrar el modelo de Estado Federal, con la particularidad de que atenúa el requisito exigido en la Carta Magna derogada para acordar la "atribución" de las

competencias nacionales a los Estados, en virtud de que la mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, que se exigía al Congreso de la República, se sustituye por mayoría absoluta de los presentes, lógicamente de la Asamblea Nacional, y que teóricamente se amplía el ámbito material del proceso, por cuanto la Constitución derogada lo circunscribía a la descentralización administrativa, y la vigente suprime el adjetivo y alude únicamente a la descentralización a secas, razón por la cual se produce la ampliación teórica o literalmente –insistimos– del referido ámbito; y en consecuencia, es posible teóricamente extender el proceso descentralizador tanto a la función legislativa como judicial. Queda pues demostrado que en lo sustantivo el artículo 157 de la Constitución de 1999, repite el 137 de la de 1961.

Por otra parte, el "iter" que condujo a la aprobación del precepto constitucional bajo examen, puede ser resumido así: en el anteproyecto de Constitución presentado a la Asamblea Nacional figuraba en el Capítulo II (Del Poder Público Nacional) del Titulo IV (Del Poder Público), con el número 175, en los siguientes términos:

> *"La Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia Nacional, a fin de promover la descentralización política".*

En la primera discusión celebrada el 2 de noviembre de 1999, el Constituyente O. Navas a nombre de la Comisión que había estudiado el capítulo, propuso que se aprobara el artículo en idénticos términos, suprimiendo únicamente la palabra "política". Inmediatamente se opuso a la proposición el Constituyente Brewer, invocando el concepto amplio de descentralización presente en el anteproyecto, razón por la cual consideró que debía mantenerse el adjetivo. El Constituyente M. Vadell propuso que se añadiera el término **revertir** después de atribuir, y el constituyente L. Puchi, sugirió que en lugar de exigir las dos terceras partes, se requiriese la mayoría, para facilitar los procesos de trans-

ferencia, "ya que muchas veces es difícil conseguir los dos tercios". Finalmente, el Constituyente I. Finol en nombre de la Comisión acogió la sugerencia relativa a la supresión de la mayoría calificada, y rechazó las demás proposiciones, haciendo énfasis en que cuando decidieron eliminar el término descentralización política, "lo hicimos atendiendo a que la Constitución que estamos aprobando reconoció en la descentralización una estrategia de desarrollo nacional, sin definir un adjetivo adicional, **sino la descentralización entendida en su sentido más amplio**" (énfasis añadido).

Pues bien, en esa misma sesión del 2 de noviembre de 1999 fueron votadas todas la proposiciones en Mesa, siendo aprobada únicamente la formulada finalmente por la Comisión, por intermedio del Constituyente I. Finol, y en esos términos pasó a la Constitución vigente, correspondiéndole al final de las discusiones, al artículo aprobado el número 157.

10.6.3.4.2. **Los parámetros configuradores de la descentralización territorial (análisis del artículo 157 constitucional).**

10.6.3.4.2.1. **El alcance del término "descentralización" en el precepto constitucional.** De la narración sucinta del iter que condujo a la aprobación del dispositivo bajo examen, se desprende que la Comisión encargada de estudiar el capítulo del anteproyecto que lo contenía, decidió suprimir el adjetivo "político" que acompañaba al sustantivo descentralización, porque consideró que dicho adjetivo constituía una limitante al concepto de descentralización **entendida en su sentido más amplio** que se pretendía consagrar en la Constitución. Sin dudas que esa escueta justificación emanada de la Comisión, y aceptada por la Asamblea Nacional Constituyente, complica la tarea del intérprete en la búsqueda de lineamientos conceptuales convergentes o armoniosos que permitan avanzar hacia un concepto unitario y congruente de la figura de la descentralización, perfilada en el dispositivo bajo examen.

Efectivamente, ya hemos dicho que existe consenso doctrinario acerca de la diferencia entre la descentralización política y administrativa, pues la primera aparece implícita en todo Estado con forma Federal, y supone que originariamente se atribuyen a los diferentes entes territoriales funciones legislativas, administrativas y judiciales; en cambio, la segunda supone que en forma derivada se transfieren o reasignan competencias únicamente administrativas de un ente a otro. Hay que reconocer que cuando dicha transferencia de competencias se produce de un **ente territorial** que las tenía asignadas originariamente por obra de la Constitución, a otro **ente territorial**, ello constituye ciertamente una expresión reducida de descentralización política, en virtud –se insiste– de que si bien opera entre dos entes territoriales, al mismo tiempo comporta la exclusión de la transferencia de competencias legislativas y judiciales.

Planteada así la situación, corresponde ahora ubicar por vía interpretativa el alcance del concepto de descentralización contemplado en el artículo 157 constitucional, una vez que se decide suprimir la calificación de política, que insistimos refleja la concepción más amplia que desde el punto vista teórico es posible plantear y consagrar normativamente, puesto que comprende a todas las funciones estatales (legislativa, ejecutiva y judicial). Ahora bien, de haberse aprobado como aparecía en el anteproyecto de Constitución, de todas maneras, en nuestro criterio, hubiese estado referido fundamentalmente a las funciones administrativas, cuya transferencia operaba de un ente político territorial (Poder Nacional) a otro de la misma naturaleza (Estados y Municipios), las cuales además por tener carácter de exclusivas, originan también la transferencia de la facultad para que los Estados legislen en las materias transferidas, como ocurrió hasta ahora en el curso del proceso de descentralización disciplinado por la LOD.

Esta tesis tiene pertinencia porque la tutela de los intereses generales, es decir, los relativos a toda la nación, así como el principio de igualdad de los ciudadanos ante las leyes, parecieran negar de plano que el Poder Nacional pudiera transferir competencias legislativas a los Esta-

dos o Municipios, en materias que la Constitución le reserva. Así por ejemplo en ese orden de razonamiento, resultaría difícil, y por demás contraproducente, que se transfiriera a los Estados la competencia para legislar en materia electoral, previsión y seguridad social, expropiación por causa de utilidad pública, etc, todas ellas estrechamente relacionadas con el interés de toda la nación, y con la garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, cuya tutela impone el diseño de un marco normativo uniforme que rija en toda el país. Queda claro entonces, en nuestro criterio, que las competencias legislativas, que no resultasen de una derivación específica del traslado de las competencias administrativas, no podían ser trasladadas a los Estados, ni aun cuando el artículo bajo examen hubiese precisado que se trataba de **descentralización política**, es decir, en el supuesto de su aprobación en los términos contenidos en el anteproyecto de Constitución.

Quedaría únicamente por determinar si teniendo la función judicial carácter nacional, hubiese sido posible en el contexto de la descentralización política prevista en el mencionado anteproyecto, transferir las competencias judiciales a los Estados. Una vez realizado el anterior ejercicio hermenéutico en el marco de una supuesta descentralización política expresa, corresponde ahora hacerlo atendiendo a la disposición contemplada en la Constitución de 1999 (art. 157), la cual al regular a la descentralización, según lo que se desprende del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente, pretende darle un sentido aún más amplio que el que corresponde a la descentralización política.

En ese sentido resulta necesario previamente traer a colación el principio hermenéutico que postula que los antecedentes de los textos normativos, incluyendo a los de la Constitución, como por ejemplo en el caso del precepto objeto del análisis: la posición esgrimida en la primera discusión del anteproyecto de Constitución para imponer la tesis de la eliminación del calificativo político, pueden orientar, mas no son vinculantes en el proceso interpretativo, pues la Constitución al igual que las leyes, una vez que es sancionada se objetiviza, correspondién-

dole a los intérpretes formular la tesis más convincente y persuasiva intelectualmente, para lo cual se requiere combinar, de resultar necesario, los distintos métodos de hermenéutica jurídica (histórico, sistemático, teleológico) en el momento en que deba realizarse la interpretación, lo que indudablemente puede conducir a soslayar la posición que en criterio de la mayoría de la Asamblea, condujo a la aprobación del precepto constitucional.

En esa línea de razonamiento es posible ubicarse en dos posiciones hermenéuticas parcialmente antagónicas, a saber: a) Interpretar que efectivamente la eliminación del adjetivo político contenido en el artículo del anteproyecto, conduce efectivamente, como lo sostuvo la Comisión, a postular que la intención de la Ley Suprema se orienta a la consagración de un concepto de descentralización mucho más amplio que el de descentralización política. Sin embargo, pensamos que esta posición hermenéutica carece de fundamentación conceptual, en virtud de que ni el Derecho Constitucional ni la Teoría de la Organización conocen hasta ahora ese tipo de descentralización amplísima, el cual se pretende derivar de la eliminación del aludido adjetivo, y de su consagración como una política nacional para profundizar la democracia (art. 158), que superaría el concepto de descentralización política. De tal suerte que a lo más que se podría llegar en ese escenario teórico es a aceptar que la amplitud que se pretende derivar de los citados dispositivos constitucionales, en ningún caso podría superar a la que se desprende de la connotación conceptual implicada en la figura de la descentralización política.

Por tanto, postulando una equivalencia entre la descentralización amplísima invocada en las discusiones de la Constitución y la descentralización política “latus sensu”, entonces, por ejemplo, podría eventualmente adquirir sentido el artículo 269 del texto constitucional que establece que mediante la ley reguladora de la organización de los circuitos judiciales, así como de la creación y competencia de los tribunales y cortes regionales, se promoverá **la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial**. Aun así utilizamos el condicional “po-

día", porque la cuestión no deja de presentar dificultades jurídicas y prácticas, ahora que aparecen concentradas en el Tribunal Supremo de Justicia las funciones de dirección, de gobierno y Administración del Poder Judicial, o sea, que el máximo Tribunal pasa a tener naturaleza administrativa y jurisdiccional, pues ello supondría que dicho órgano, que lógicamente carece de personalidad jurídica, pero que por obra de la propia Constitución goza de autonomía funcional, financiera y administrativa, debería crear personas jurídicas públicas a los fines de la descentralización administrativa y **jurisdiccional**.

La verdad es que tal como aparecen estructurados los principales órganos del Poder Público en Venezuela, sólo imaginarse la **descentralización administrativa, pero sobre todo la jurisdiccional del Poder Judicial**, requiere la realización de un serio esfuerzo intelectual que conduzca a una tesis interpretativa convincente y persuasiva, pero sobre todo que permita tornar operativa esa descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial, claro está, que de carácter territorial, hipótesis en la cual deberían transferirse a los Estados o a los Municipios las competencias administrativas y jurisdiccionales del mencionado Poder. Por supuesto, que no sería el caso de la desconcentración, la cual en el ámbito jurisdiccional, ya existe, y puede perfeccionarse mediante la redistribución de las competencias de los tribunales, siendo deseable y necesaria la administrativa.

Si en el marco de esa tesis interpretativa resulta posible desde el punto de vista teórico plantear la descentralización administrativa y judicial del Poder Judicial, basado además en la disposición categórica del citado artículo 269 constitucional, la cuestión se complica un poco más cuando igualmente fundamentándose en la referida tesis se pretenda transferir competencias legislativas aisladas, es decir, de la Asamblea Nacional a los Consejos Legislativos Regionales, como se verá más adelante.

b) La otra tesis consiste en interpretar, contrariando el criterio que aparentemente privó para la eliminación del vocablo "política", ya ex-

puesto, que el constituyente lo que intentó fue consagrar una descentralización política mínima, razón por la cual suprimió en el dispositivo del anteproyecto el adjetivo político; y en consecuencia, el Poder Nacional únicamente puede transferir a los Estados y Municipios, que sin dudas son entes políticos territoriales, competencias exclusivas de naturaleza administrativa (de allí la connotación de mínima), proceso este que también comporta que los Estados quedan facultados para ejercer competencias legislativas. Así como las de gestión o ejecución en las materias que les sean transferidas, pues carecería de sentido que por ejemplo, el Poder Nacional transfiriera a los Estados el servicio domiciliario de agua potable, y éstos no pudieran legislar sobre la prestación del servicio transferido.

En esta perspectiva interpretativa cobra sentido la figura organizativa de la descentralización a secas, o sea, sin ningún calificativo, regulada en el artículo 157 de la Constitución, en virtud de que su ámbito sustancial estaría referido únicamente a la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional, de naturaleza administrativa, a los Estados o Municipios, en los términos antes expuestos. Por tanto, la interpretación del artículo 269 en el contexto de esta postura hermenéutica podría orientarse hacia la idea de la desconcentración, en lugar de la descentralización, aunque debe reconocerse, insistimos, que desde el punto de vista teórico también es posible, inclusive atendiendo a la referida postura, la descentralización del Poder Judicial, pero sólo en el aspecto administrativo, al ser la organización y administración de la justicia una competencia del Poder Nacional (art. 156, num 31). Cabe advertir que la disposición contenida en el artículo 269 fue concebida originalmente en idénticos términos en el anteproyecto, y así fue aprobada; por tanto, resultaba congruente teórica y literalmente con el dispositivo también del anteproyecto, que estaba referido a la **descentralización política**, es decir, máxima, que finalmente fue aprobado, como se sabe, suprimiéndole el referido adjetivo.

En fin, pareciera que la supresión del mencionado calificativo favorece a esta segunda posición hermenéutica, la cual resulta preferible

a la otra, porque denota sencillez y practicidad, a los fines de implementar el proceso de descentralización en el marco de la Constitución de 1999, máxime si se tiene en cuenta, a la luz de las competencias que se atribuyen al Poder Nacional, bastantes de las cuales sin que lo diga expresamente el texto constitucional, por su propia naturaleza, parecieran en términos de la Constitución Española, insusceptibles de ser transferidas a los Estados o Municipios, lo que da lugar a que la modalidad más importante de descentralización pase a ser la conocida como transferencia de servicios.

10.6.3.4.2.2. **La fórmula de la "atribución" utilizada en el artículo 157 constitucional para operacionalizar la descentralización "strictus sensu".** Conviene recordar que el principio de legalidad se torna operativo mediante la "atribución" o asignación de competencias o potestades a los entes públicos o a los órganos complejos (Ministerios), de tal suerte que esa atribución tiene un carácter originario, dado que resulta de la aplicación de un instrumento jurídico que establece las potestades de un ente u órgano creado ex novo, o que modifica uno anterior, mediante el cual se había realizado la "atribución". Así, en este orden de razonamiento la Constitución atribuye, por supuesto que originariamente, las competencias del Poder Nacional (República), de los Estados y de los Municipios, y el Presidente de la República mediante instrumentos de rango sublegal atribuye las competencias a los Ministerios. La atribución comporta en términos de la teoría de la organización la **asignación** de competencias por vía normativa, razón por la cual únicamente puede ser modificada por un instrumento normativo de igual o superior rango al que sirvió de base a la atribución original.

Ahora bien, esa modificación puede tener como consecuencia el traslado de la competencia del órgano o ente al cual fue asignada originariamente, a otro ente, caso en el cual se transfieren tanto la titularidad como el ejercicio de la competencia de manera permanente, e irrevocable. Siempre una modificación competencial planteada en esos términos comporta una **reasignación de competencia,** a diferencia de la delega-

ción que también sustantivamente implica un traslado de competencia, pero de carácter temporal, mediante un acto administrativo, motivo por el cual es esencialmente revocable, por voluntad del órgano transfirente. De allí que cuando por disposición constitucional el Poder Nacional traslada competencias a los Estados o a los Municipios, indudablemente que se trata de una **transferencia**, y no de una delegación, e igualmente de una **reasignación**, y no de una asignación.

Atendiendo a la argumentación anterior resulta indudable que el constituyente incurre en una imprecisión conceptual cuando expresa que la Asamblea Nacional podrá **atribuir** determinadas materias de la competencia nacional, a los Estados y Municipios, porque del propio texto constitucional (art. 156) se desprende categóricamente que todas esas materias fueron "atribuidas" originariamente al Poder Nacional, de tal suerte que la modificación de la cláusula contenida en dicho precepto únicamente puede conducir a una **redistribución**, o mejor a una **reasignación** de esas competencias a los Estados o Municipios, porque además, como lo veremos más adelante, necesariamente se produce mediante un instrumento de rango legal, lo que comporta –insistimos– un aumento de la esfera de competencias de los Estados, y correlativamente un decrecimiento de la del Poder Nacional, y por tener la referida transferencia un carácter permanente, no resulta susceptible de revocatoria por el referido Poder, salvo que se haga por un instrumento de rango legal.

En fin, pese al error conceptual en que se incurre al utilizar incorrectamente el término atribución, en lugar de reasignación o redistribución, resulta muy claro que el proceso de descentralización territorial delineado en el artículo 157 constitucional, está referido a la transferencia permanente y unilateral de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios, motivo por el cual se excluye cualquier confusión con la delegación intersubjetiva, y lógicamente con la misma atribución originaria de potestades.

10.6.3.4.2.3. **Las materias de la competencia nacional: competencias exclusivas.** Reiteramos que el Estado Federal parte de la clara repartición de competencias en la Constitución, entre los entes territoriales que lo integran, configurándose de esa manera las denominadas cláusulas competenciales, que en ese marco conceptual deben reputarse como **exclusivas** de cada uno de los referidos entes, pese a que la Constitución utiliza dicho calificativo únicamente en el caso de las correspondientes a los Estados. En la conformación del Estado venezolano ese predicamento teórico encuentra además refuerzo en la propia Constitución, que consagra la figura de las **competencias residuales** de los Estados (todo lo que no corresponda a la competencia nacional o municipal) en el artículo 164, numeral 11, típica de los Estados Federales, y las de las **competencias implícitas** del Poder Nacional (toda otra materia que le corresponda por su **índole o naturaleza**) en el artículo 156, numeral 33. De modo, pues, que el establecimiento de las mencionadas cláusulas competenciales especialísimas, evidencian que la Constitución al atribuirles sus potestades al Poder Nacional, a los Estados y a los Municipios (art. 156, 164 y 178), le dio a las mismas el carácter de exclusivas. Ahora bien, aparte de la interpretación constitucional acerca de ese carácter de las referidas competencias, corresponde ahora determinar qué es una competencia exclusiva, y en tal sentido el criterio sustentado por MUÑOZ MACHADO (1984), nos parece acertado y aplicable en nuestro ordenamiento.

El aludido autor español señala que la competencia es exclusiva "cuando el ente que la ostenta dispone totalmente de la materia de que se trata, pudiendo ejercer sobre ella toda suerte de potestades legislativas o ejecutivas". Matiza dicho autor la anterior definición, al sostener que también debe reputarse exclusiva la competencia, "cuando el ente que la tiene atribuida puede utilizar sobre ella todas las potestades de una determinada calidad (la legislación exclusiva o la ejecución exclusiva)". De modo, pues, que conforme a Muñoz Machado, la competencia exclusiva puede abarcar el ejercicio de las potestades legislativas o ejecutivas, lo que responde a un concepto amplio de ese tipo de competencia, o puede

estar limitada al ejercicio, bien de la potestad legislativa o bien de la potestad ejecutiva, que responde a un concepto restringido.

Por tanto, se impone analizar las disposiciones de Derecho positivo, a los fines de determinar la extensión implicada en la consagración de las competencias exclusivas de un ente, de tal suerte que si las aludidas disposiciones atribuyen sin hacer ningún tipo de especificación en relación a las potestades en que se desagrega la competencia del ente, debe inferirse que se pretenden consagrar competencias exclusivas en forma amplia; en cambio, si aparece explícita o implícitamente una restricción, en razón de que se aluda bien a la potestad legislativa o ejecutiva o de gestión, habrá de concluirse que la voluntad del instrumento normativo es consagrarla en forma restringida.

El análisis del artículo 156 en el contexto del anterior marco doctrinario, revela que la Constitución no estableció ningún límite al atribuir sus competencias al Poder Nacional ("Es de la competencia del Poder Nacional....."), motivo por el cual puede ejercer tanto las potestades administrativas o de gestión, como las legislativas o normativas, concernientes a cada una las mencionadas en los treinta y tres numerales del aludido precepto. Por consiguiente, cuando la Asamblea Nacional decide transferirlas a los Estados o Municipios, lo hace "in totum"; por lo tanto, el ente receptor queda facultado para ejercer tanto las potestades legislativas como administrativas o de gestión atinentes a las competencias transferidas. Así, por ejemplo, si el Poder Nacional decide transferir su competencia en materia de administración de riesgos y emergencias (art. 156, num 9 Const.), resulta obvio conforme a la tesis expuesta, que el Estado receptor podrá tanto normar como gestionar dicha materia.

Finalmente, estimamos que tal como aparecen reguladas las competencias exclusivas de los distintos Poderes Públicos, no deberían suscitarse problemas interpretativos, como en efecto no se han suscitado hasta ahora, derivados de la diferencia que establece una parte de la doctrina española, acerca de competencia, materia y facultad, englobando en la

primera a los dos últimos términos, atendiendo según BLASCO (1981) a que la "competencia –desde una perspectiva singularizada– es la titularidad de una potestad o función pública sobre una materia por un determinado ente público, de este concepto aparecen los diferentes elementos que integran aquella. Estos elementos serían el sujeto o titular, el contenido y el objeto de la competencia", siendo el titular de la competencia el ente que la tiene asignada, el objeto la materia sobre la cual incide el ejercicio de las facultades ejercidas por el titular, y el contenido las facultades o potestades que detenta el titular de la competencia.

Pues bien, el mencionado sector de la doctrina española, basándose en esa desagregación de la competencia en los elementos señalados, afirma que deben ser analizados cada uno de los dispositivos constitucionales atributivos de las competencias exclusivas al Estado, porque pese a que en el encabezamiento se aluda a esa denominación, puede ocurrir que la materia se atribuya en bloque, como por ejemplo en las relativas a la Defensa y las Fuerzas Armadas, caso en el cual debe entenderse que el Estado ejerce todas y cada una de las potestades atinentes a esa materia. No obstante, también puede suceder que en el correspondiente dispositivo aparezca dividida sectorialmente la materia, y se cita el caso de la sanidad interior y exterior. Pero igualmente pueden aparecer divididas las facultades inherentes a la materia, y se cita como ejemplo lo correspondiente a la legislación básica y a la legislación de desarrollo en seguridad social.

Toda la exposición anterior tiene como finalidad poner en evidencia que si se sigue la referida tesis en el análisis del artículo 156 de la Constitución de 1999, sin dudas que se encontrarán materias atribuidas en bloque (la política y la actuación internacional de la República, la Policía Nacional, la organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional, etc), que en realidad constituyen la mayoría, pero al mismo tiempo se evidencia una partición clara en relación a las potestades o facultades inherentes a determinadas competencias, por ejemplo el numeral 32, del mismo artículo, está referido exclusivamente a la facultad **legislativa** en

varias materias (notarías, registro público, seguridad social, etc), lo que puede conducir a sostener que la potestad de gestión en esas materias, o es una competencia exclusiva de los Estados o de los Municipios, o en el mejor de los casos que siendo del Poder Nacional, es concurrente con esos entes, visto que el constituyente restringió la competencia exclusiva del referido Poder, a uno de sus elementos: la potestad legislativa. Reiteramos que a primera vista tal tesis pareciera carecer de pertinencia en Venezuela, a la luz de la regulación constitucional de las competencias exclusivas del Poder Nacional, pero nada obsta para que se suscite una discusión en ese sentido, y es por ello que hemos traído a colación la tesis española.

10.6.3.4.2.4. **Instrumento mediante el cual la Asamblea Nacional puede transferir las competencias exclusivas del Poder Nacional.** El artículo 187 constitucional permite inferir que los actos emanados de la Asamblea Nacional revisten la denominación de leyes, aprobaciones, autorizaciones, y lógicamente actos administrativos, derivados fundamentalmente de sus relaciones con el personal que le presta servicios. El artículo 156 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional establece que las autorizaciones y aprobaciones contempladas en el antes citado artículo 187, deberán ser **solicitadas** ante el órgano parlamentario, lo que indica que se requiere que una persona natural o jurídica externa inicie el procedimiento tendiente a lograr el respectivo pronunciamiento. En cambio, la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados, es una facultad privativa de la Asamblea Nacional, lo que excluye formalmente que se pueda acudir a la vía de la aprobación o de la autorización para lograr este cometido; luego, sólo queda el acto legislativo, cuya iniciativa corresponde a cualesquiera de los legitimados contemplados en el artículo 204 ejusdem.

El argumento anterior, de corte estrictamente formal, demuestra que la única vía para tornar operativa la modalidad de descentralización conocida como transferencia de competencias exclusivas es la de ley formal. Pero el razonamiento más categórico y fundado para llegar a esa

conclusión, está estrechamente relacionado con la forma de Estado Federal descentralizado de Venezuela, pues insistimos en que constitucionalmente ello implica una atribución o distribución originaria de competencias entre los entes territoriales que conforman el Estado, que aparece recogida expresa y explícitamente en la Ley Suprema, la cual únicamente puede ser reformada a través de los mecanismos consagrados en los artículos que van del 340 al 350 (enmienda, reforma, Asamblea Nacional Constituyente). E indudablemente que cuando la Asamblea Nacional modifica ese trazado constitucional de las competencias, está reformando la Constitución, para lo cual en estricta puridad, debería acudir a uno de los mencionados mecanismos reformatorios.

Sin embargo, el propio texto constitucional, para este caso, de manera expresa, trae una especie de derogatoria de los mecanismos establecidos para su reforma, al permitir que el artículo 156 constitucional pueda ser modificado mediante ley, con la finalidad de llevar a cabo el proceso de descentralización. Pero tal vez debido a la "inercia constituyente" no se siguió el ejemplo del Derecho Comparado, en el sentido de especificar que tal especie de reforma (modificación del precepto contentivo de la asignación de competencias exclusivas del Poder Nacional), debía operar única y exclusivamente mediante Ley, o sea, que inexplicablemente se omitió definir el instrumento mediante el cual debe operar la referida especie de derogatoria contenida en el propio texto constitucional. Mas esa omisión queda subsanada por la sustantividad e importancia de la materia regulada, que incuestionablemente conduce a postular que sólo por ley puede la Asamblea Nacional transferir competencias del Poder Nacional a los Estados y a los Municipios. Por lo demás esa es la posición que se deriva del Derecho Comparado, y lo que es más importante aún, fue la que privó en la oportunidad en que se desarrolló el artículo 137 de la Constitución derogada.

Conviene destacar que esta materia pareciera ser de las que integran en Venezuela la denominada "reserva de parlamento", en el sentido de que únicamente puede ser regulada por una Ley sancionada por el

Parlamento, razón por la cual se erigiría en un límite implícito a la potestad del Presidente para dictar decretos con fuerza de ley (art. 236, num. 8 Const.). Efectivamente, la importancia que reviste esta especie de derogatoria de los preceptos regulatorios de los mecanismos de reforma de la Constitución, y en definitiva la modificación de una cláusula competencial básica en la configuración del Estado Federal Venezolano, puesta de manifiesto en los párrafos anteriores, conduce a pensar que únicamente puede ser actuada por una Ley sancionada por el Parlamento, excluyéndose toda posibilidad de su delegación mediante una ley habilitante al Presidente de la República, para que éste la actúe mediante decretos leyes.

A diferencia de la Constitución de 1961, la previsión constitucional contempla que la Ley que actúe esta modalidad de descentralización deba ser aprobada por la mayoría de la Asamblea Nacional, la cual según lo establecido en el artículo 119 del Reglamento Interior y de Debates del mencionado órgano parlamentario debe ser **absoluta**, es decir, conformada por la mitad más uno de los diputados presentes, si el número es par, y la mitad más uno del número par inmediato inferior, si el número de diputados presentes es impar. Es preciso recordar que el dispositivo del anteproyecto contemplaba la mayoría calificada de las dos terceras partes de los i**ntegrantes de la Asamblea Nacional**, siguiendo en ese sentido la pauta contenida en la Constitución de 1961. Hay que recordar igualmente que en la única oportunidad en que se discutió el artículo bajo examen en la Asamblea Nacional Constituyente (2-11-99), el Constituyente L. Puchi, esgrimió un argumento de carácter esencialmente pragmático, que consistió en señalar que exigir esa mayoría dificultaba el proceso de transferencia de competencias, porque resultaba muy difícil lograrla, pero en nuestro criterio totalmente desvinculado de la connotación conceptual y de la importancia constitucional del precepto sometido a discusión.

Pues bien, la proposición del aludido Constituyente fue acogida sin ninguna discusión por la Comisión, e inmediatamente resultó aprobada

por la Asamblea Nacional Constituyente, con dos o tres votos salvados. Aparte del indicado desconocimiento que revela esa aprobación, sin mayor discusión, hay que hacer notar la incongruencia de exigir esa mayoría "pírrica", si se toma en cuenta la importancia de esta ley o leyes, pues en lugar de basar la determinación de la mayoría, aunque no fuese calificada, en el número de miembros de la Asamblea Nacional, se colocó como base al número de miembros presentes.

De modo, pues, que esta ley pese a ser la más importante de todas las previstas en nuestro ordenamiento, al punto que algunos autores nacionales sostienen la tesis, no compartida por nosotros, de que reviste carácter constitucional, requiere requisitos muchos menores que los exigidos a la Ley habilitante, que comporta una delegación de la competencia legislativa de carácter temporal al Presidente de la República, esto es, una mayoría equivalente a las **tres quintas partes de sus integrantes**, y a las leyes orgánicas, salvo aquellas por denominación constitucional, para cuya admisión se exige una mayoría equivalente a las **dos terceras partes de los miembros presentes en la sesión**. En fin, no queda más que lamentarse del papel que jugó el pragmatismo mezclado con el desconocimiento de la mayoría de los constituyentes, en la exigencia de la referida mayoría para la sanción de este tipo de leyes, que a la postre "in extremis", dado que el quórum de la Asamblea, según lo preceptuado en el artículo 221 constitucional está conformado por la mayoría absoluta de sus integrantes, puede llegar a ser sancionada por la mayoría absoluta de los presentes, es decir, por **cuarenta y cuatro (44) diputados**.

Es necesario advertir que el proceso de transferencia de competencias del Poder Nacional puede operar por fases; y en consecuencia, no se requiere que se cumpla de una sola vez, como al parecer se interpretó durante la vigencia de la Constitución de 1961, cuando fue promulgada la LOD, con la que se pretendió agotar el proceso de descentralización, mediante la transferencia de tales competencias exclusivas de una sola vez . Más aún: lo deseable pareciera continuar el proceso bajo la vigencia de esta Constitución en forma progresiva, de tal manera que la Asamblea

pueda evaluar su marcha, y en función de dicha evaluación ir promulgando las leyes que se requieran.

Además corresponderá al órgano parlamentario arbitrar la fórmula que servirá de base a la transferencia de competencias, pudiendo optar entre la contenida en la LOD, que dejaba en manos de cada Estado a través del Poder Legislativo, determinar mediante ley, la oportunidad en que asumiría las competencias transferidas, u optar por otra fórmula, que tienda a acelerar el proceso de descentralización, mediante la realización de un conjunto de actividades por los Estados y el Poder Ejecutivo Nacional, máxime si se tiene en cuenta que pueden llegar a jugar un papel determinante en dicho proceso, el Consejo Federal de Gobierno y el Fondo de Compensación Interterritorial.

10.6.3.4.2.5. **Competencias del Poder Nacional que pueden ser transferidas por la Asamblea Nacional a los Estados y Municipios.** El texto del artículo 157 de la Constitución revela que todas las competencias exclusivas del Poder Nacional, pueden ser "atribuidas" por la Asamblea Nacional a los Estados y Municipios, pero contextualmente esa solución, en nuestro criterio, debe rechazarse, pues al igual que ocurre en otros países donde constitucionalmente se configuran procesos de transferencias y de delegación de competencias exclusivas del Estado a los entes locales, resulta posible, deseable y necesario en el nuestro, derivar por vía de interpretación, dada la ausencia de disposiciones explícitas, como sucede en los referidos países, la tesis que postula que algunas de esas competencias no son susceptibles de transferencia, y que por tanto, deben ser ejercidas "in totum" por el Poder Nacional.

Debe advertirse que la primera tesis –la derivada de la literalidad del precepto– podría conducir, en ausencia de toda clase de límites, al absurdo de producir un vaciamiento de las competencias del Poder Nacional, y a su cuasiextinción de facto; de allí pues, que el elemento cuantitativo constituya una variable que tiene que ser tomada en cuenta en este tipo de transferencia de competencias, a los fines de erigirlo en un

límite implícito del mismo. Igualmente debe erigirse en un límite de esa misma naturaleza (implícito), que sin dudas reviste mayor importancia que en el anterior, el elemento cualitativo, el cual tiene que ser ponderado por la Asamblea Nacional en la oportunidad en que le corresponda dictar leyes de esta naturaleza, en virtud de que esa valoración es la que va a permitir identificar las materias que son insusceptibles de ser transferidas por el Poder Nacional.

Planteada así la cuestión, pareciera razonable que las materias que no son susceptibles de transferencia, sean determinadas o identificadas caso por caso, tomando en cuenta entre otras variables la tutela del interés de toda la nación y la preservación del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la Ley. Dado que puede orientar en una futura discusión sobre esta materia, consideramos importante transcribir la opinión de MUÑOZ MACHADO (1984), quien al respecto sostiene "La transferencia no debe romper el equilibrio constitucional entre los poderes territoriales, ni puede afectar a competencias que el Estado debe ejercer (y sólo por él) por precisar la materia una regulación uniforme, estar en juego el principio de igualdad, no poder las Comunidades Autónomas –desde su perspectiva territorial limitada– atender adecuadamente el asunto".

En realidad el análisis del artículo 157 constitucional, a los fines de la determinación de las competencias del Poder Nacional que pueden ser transferidas a los Estados y a los Municipios, a la luz del marco doctrinario expuesto en los párrafos precedentes, pareciera conducir a sostener que son relativamente pocas las materias que son susceptibles de traslación a los mencionados entes territoriales, máxime si se entra a considerar que la Constitución de 1999 amplió la esfera de competencias exclusivas de los Estados, asignándole como competencias de la naturaleza indicada, materias que anteriormente pertenecían al Poder Nacional, y se las había transferido conforme a lo preceptuado en la LOD a dichas entidades federales, verbigracia la creación, organización, control y administración del ramo del papel sellado, el régimen y aprovechamiento

de minerales, no metálicos no reservados al Poder Nacional, las salinas, ostrales, entre otras. Por ese motivo pensamos que el proceso de descentralización se verá reducido en la modalidad de transferencia de competencias exclusivas, y adquirirá mayor relevancia en la modalidad de la transferencia de servicios.

Cabe finalmente destacar que en principio las competencias reasignadas por la Asamblea Nacional a los Estados y a los Municipios no resultan susceptibles de reasunción por parte del Poder Nacional, pues como se ha reiterado a lo largo de este capítulo, la reasignación comporta el traslado de competencias, mediante una modificación normativa. En la situación bajo examen se trata de la modificación de la cláusula competencial contenida en el artículo 156 de la Constitución. Sin embargo, nada obsta desde el punto de vista formal jurídico, que mediante una modificación o reforma de la ley de transferencia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 218 de la Carta Constitucional, en lo concerniente a la derogación y reforma de las leyes, pueda restituirse la competencia transferida a los Estados y Municipios, al Poder Nacional.

Insistimos en que el planteamiento tiene un carácter esencialmente teórico y académico, en virtud de que tendencialmente los procesos de descentralización una vez iniciados, en la época actual, se tornan casi irreversibles. No obstante, en el plano académico debe registrarse que durante la vigencia de la Constitución de 1961, un sector de la doctrina nacional (AYALA, 1990) sostenía que debido al carácter **constitucional** de la ley sancionada para la transferencia de las competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados, se requería una enmienda o una reforma para su modificación. En suma, se afirmaba categóricamente que se trataba de una ley constitucional, en razón de que era sancionada por un Poder constituyente derivado, precisamente porque modificaba la cláusula distributiva de las competencias constitucionales, en el sentido de que extraía competencias originarias del Poder Nacional, para atribuírselas a los Estados y Municipios.

Dicha tesis parece que continúa, después de la Constitución de 1999, siendo sostenida por ese mismo sector doctrinario, en virtud de que el Constituyente Brewer la invocó durante la discusión del artículo 157 constitucional. Por supuesto que de aceptarse esa tesis, para el Poder Nacional **reasumir** las competencias que transfiera a los Estados, se requerirá acudir a uno de los procedimientos de la Reforma Constitucional contemplados en los artículos 340 y siguientes de la Ley Suprema (enmienda o reforma).

Ahora bien, en el pasado nos opusimos a esa postura doctrinal y ahora ratificamos nuestra posición, la cual nos limitamos a resumir: Los argumentos esgrimidos por ese sector de la doctrina nacional son respetables, pero, en nuestro criterio, no autorizan a calificar a la Ley bajo examen como constitucional, en primer lugar, porque a diferencia de otros Ordenamientos, en el nuestro, esa categoría de leyes resultaba y resulta inexistente, y obviamente no podía ni puede ser creada por vía de interpretación, sino que necesariamente tenía y tendría que estar expresamente regulada en la Constitución, como ocurre en Italia, cuya Ley Suprema en el artículo 138 prevé expresamente la categoría de las leyes constitucionales; en segundo lugar, porque el Derecho Comparado, demuestra, y volvemos al ejemplo de Italia, que las leyes constitucionales reflejan la existencia de una Constitución "flexible", puesto que las mismas son sancionadas siguiendo sustancialmente el mismo procedimiento que se adopta para sancionar a las leyes ordinarias, como se desprende del citado artículo 138 de la Constitución Italiana, que expresa: "Las leyes de revisión de la Constitución y las otras leyes constitucionales son adoptadas por cada una de las Cámaras en dos sucesivas deliberaciones, con un intervalo no menor de tres meses, y aprobadas por la mayoría absoluta de cada Cámara en la segunda votación". O sea, que no se requieren, ni están previstos a los fines de sancionar leyes de revisión de la Constitución o leyes constitucionales, procedimientos que exijan la participación de órganos o elementos distintos al Parlamento, como ocurría durante la vigencia de la Constitución de 1961, y está prevista en la de 1999, para el caso de las Enmiendas y Reformas de la Carta Constitucio-

nal, y tampoco resultaba, ni resulta posible predicar ese carácter flexible de la Constitución de 1961, y mucho menos de la de 1999.

Reiteramos que se trata quizás de la Ley especial más importante prevista en la Carta Magna, pero en nuestro criterio, al fin y al cabo, no hace más que reflejar, en términos de la Escuela de Viena, un proceso de ejecución de la Constitución, o dicho de otra manera, de actuación del texto constitucional, sin que por ello deje de ubicarse en la jerarquía de las fuentes del Derecho en el rango legal, razón por la cual no se requerirá para su modificación acudir a los procedimientos de reforma constitucional (enmienda o reforma) previstos en la Constitución de 1999, pues insistimos en que bastará aplicar el precepto categórico contenido el artículo 218 ejusdem –no derogable por vía de interpretación– que recoge el principio de que las leyes sólo se derogan o reforman por otras leyes.

Esta tesis resultaría aplicable, inclusive, si se aceptase que el texto en comento tiene carácter constitucional, pues nada obsta, desde el punto de vista lógico, que la misma pueda ser modificada –siempre respetando los límites del contenido sustantivo impuesto por la Constitución– o derogada, siguiendo ese mismo procedimiento establecido para su formación, lo que armoniza con el principio denominado "paralelismo de las formas", el cual no está excluido del ámbito del Derecho Constitucional.

Los argumentos anteriores, sin dudas sujetos a la discusión, demuestran que la Ley prevista en el artículo 157 de la Constitución, pese a tener un carácter especialísimo, en virtud de que modifica la cláusula de asignación de competencias al Poder Nacional, no reviste carácter constitucional, razón por la cual puede ser derogada o modificada, a los fines de establecer la reasunción de las competencias transferidas por éste a los Estados y Municipios, siguiendo el procedimiento para la formación de las leyes formales ordinarias.

10.6.3.5. **La modalidad de la descentralización "latus sensu" (transferencia de servicios del Poder Nacional a los Estados).**

10.6.3.5.1. **Los antecedentes y el "iter" del precepto constitucional.** El artículo 165 de la Constitución preceptúa:

> *"Las materias objeto de **competencias concurrentes** serán reguladas mediante **leyes de bases** dictadas por el Poder Nacional, y **leyes de desarrollo** aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.*
>
> *Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia serán regulados por el ordenamiento jurídico estadal".* (énfasis añadido).

A diferencia del artículo 157, antes examinado, que repite en lo sustancial el texto del 137 de la Constitución de 1961, este precepto constitucional es absolutamente nuevo, por ello resulta conveniente resumir el iter que condujo a su aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente, el cual se desarrolló así: En el anteproyecto presentado a la Asamblea aparecía dividido en los artículos 184 y 185, los cuales preceptuaban respectivamente:

> *"Las **competencias concurrentes** se regularán mediante la celebración de **convenios** entre el Poder Nacional y los Estados conforme a la ley, y sus contenidos estarán orientados por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad"*
>
> *" Los estados descentralizarán y transferirán a los municipios los servicios y competencias que éstos gestionen y estén en capa-*

> *cidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estadal".* (énfasis añadido).

En la primera discusión celebrada el día 2 de noviembre de 1999, los dos artículos fueron fusionados en uno sólo, bajo el número 183, pasando el 184 a ser el encabezamiento y el 185 el aparte único del precepto, siendo aprobado en idénticos términos con el único voto salvado del Constituyente Brewer, quien argumentó que en el precepto debieron enumerarse las competencias **concurrentes** de los Estados con el Poder Nacional. En la segunda discusión se mantuvo inalterado tanto en la concepción como en la redacción. En la sesión del 16 de noviembre de 1999 la Comisión Especial de Consenso designada por la Asamblea Nacional Constituyente para el estudio de los artículos y disposiciones transitorias del anteproyecto, presentó a la plenaria su informe.

En dicho informe, en primer lugar, se le cambiaba el nombre de **leyes de base** contempladas en la sección relativa a la formación de las leyes, conjuntamente con las leyes ordinarias y las leyes orgánicas, por el de **leyes habilitantes**; en segundo lugar, suponemos que como consecuencia del referido cambio, en virtud de que ni en el informe de la Comisión, ni en el Diario de Debates, aparece ningún tipo de motivación al respecto, en el artículo 183, que finalmente pasó a ser el actual 165, se produjo la sustitución de la palabra **convenios**, por **leyes de bases**, quedando el resto del dispositivo casi en idénticos términos, debido a que en su encabezamiento únicamente se agregó la expresión "las materias objeto", siguiendo todo lo demás igual.

En realidad no es totalmente cierta la afirmación que hicimos anteriormente acerca de la inexistencia de referencia alguna al cambio, pues en la mencionada sesión el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente lo justificó así: "*se cambió ´los convenios´ por ´una ley´; que se haga por ley".* Y nada más.

Pero lo que sí resulta rigurosamente cierta es la anterior narración de los hechos constitutivos de los antecedentes del artículo 165 constitucional, los cuales revelan, desafortunadamente, que la gran mayoría de los constituyentes no le dieron o no comprendieron la importancia del dispositivo que aprobaron, pues tratándose de una materia tan novedosa, que si bien es cierto que había encontrado una consagración normativa parcial en la LOD, no exenta de discusión, en el artículo aprobado, se le confería, y se le confiere a la transferencia de servicios, el calificativo de descentralización territorial, por obra de la propia Constitución, y se crean "ex novo", pues ya que es la primera vez que figuran en una Carta Constitucional venezolana, con la finalidad de tornar operativa esa modalidad de descentralización, dos clases de leyes: una de carácter nacional (**leyes de bases**) y otra de carácter estadal (**leyes de desarrollo**). Y finalmente se traza el diseño de esta modalidad de transferencia de servicios de los Estados a los Municipios, la cual resultaba inexistente en el Ordenamiento Jurídico Venezolano.

Sin dudas que abordar el examen de una institución o de una figura jurídica de tanta trascendencia como esta modalidad de descentralización, sin disponer de ningún tipo de material (antecedentes constituyentes) que revele por lo menos los indicios de la intención o "ratio" del precepto que la consagra, dificulta muchísimo la tarea del intérprete, pues insistimos en que no se dio ningún tipo de discusión en la Asamblea Nacional Constituyente, pero tampoco se produjo en el seno de la sociedad, al punto que ni siquiera los que deberán ser protagonistas del proceso, como son los órganos legislativos y ejecutivos de los Estados y Municipios, emitieron pronunciamiento alguno sobre el dispositivo contenido en el anteproyecto, y tal vez esa omisión haya tenido su causa precisamente en la absoluta inexistencia de discusiones constituyentes, ya que ante la ausencia de las mismas, los aludidos órganos no tuvieron oportunidad de formularlos, ni ante la respectiva Comisión, ni ante la Asamblea. Tampoco los medios de comunicación social reflejaron punto de vista alguno sobre el asunto. Pues bien, en el contexto de esas dificultades pasamos a formular unos lineamientos interpretativos, de carácter

general, sobre el diseño de la modalidad de descentralización, mediante la transferencia de servicios, contenidos en el artículo 157 constitucional.

10.6.3.5.2. **Los parámetros configuradores de la modalidad de descentralización "latus sensu" delineada en el artículo 165 constitucional.**

10.6.3.5.3. **El concepto de descentralización reflejado en el encabezamiento del precepto constitucional.** Cabe reiterar que pese a que se mantiene parcialmente el concepto de esta modalidad de descentralización diseñado en la LOD, el mismo sufrió un profundo cambio derivado de la circunstancia de haber sustituido a última hora la Asamblea Nacional Constituyente (en la sesión del 16-11-99), la figura de los **convenios**, que como es sabido son actos bilaterales que bajo ciertos parámetros legales suscribían los Gobernadores con el Ejecutivo Nacional, a los fines de ejecutar la transferencia de los servicios del Poder Nacional a los Estados, por los instrumentos normativos denominados **leyes de bases y leyes de desarrollo**.

Conviene recordar que bajo la vigencia de la Constitución anterior y de la LOD, la modalidad de descentralización denominada transferencia de servicios, consistía en el traspaso, mediante la celebración de **convenios,** de los servicios prestados por el Poder Nacional a los fines de ejercer determinadas competencias concurrentes con los Estados, que incluía bienes, recursos financieros, personal, partida presupuestaria, y a la vez comportaba el establecimiento de los mecanismos de supervisión y coordinación de esos servicios. Además los mismos eran susceptibles de ser reasumidos por el Ejecutivo Nacional bajo determinadas circunstancias previstas en la LOD.

Por lo tanto, bajo esa connotación conceptual los **convenios** aparecían como unos instrumentos válidos, pero sobre todo operativos para continuar profundizando esta modalidad de descentralización, y estimamos que esa fue la concepción que originalmente privó en los redactores

del anteproyecto de Constitución, en la Comisión de la Asamblea que estudió ese Capítulo, y en la propia plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual tanto en la primera, como en la segunda discusión, aprobó el dispositivo del anteproyecto sin ningún tipo de discusión.

Contribuye a fortalecer esta posición el hecho de que – insistimos– esta modalidad de descentralización fue concebida desde el principio como una mera transferencia de servicios, producto de la vigencia de la Constitución de 1961, cuya aplicación había generado una acentuada centralización administrativa, debido a que el Poder Nacional ejerció hasta el año 1989, lógicamente mediante la instauración de los correspondientes servicios, casi todas las competencias que en la LOD fueron calificadas como concurrentes. Por consiguiente, detentando los Estados la titularidad de las competencias, pero sin poderlas ejercer por imposibilidad material, lo que se requería era que los servicios que estaban siendo prestados por el Poder Nacional pasaran a las entidades federales.

Pero indudablemente que cuando en la Constitución de 1999 se introduce la figura de las leyes de bases y de desarrollo a última hora, debido a la referida reforma coyuntural propuesta por la "Comisión de Consenso" de la Asamblea, para sustituir a la figura de los **convenios**, seguramente sin pretenderlo, y quizás hasta sin quererlo, los constituyentes modificaron sustancial y significativamente este concepto de descentralización. Esa modificación radica en la referida sustitución de los convenios y del programa de transferencia, en cuya adopción jugaba un papel determinante la República (aprobación del Ejecutivo y del Senado), por el establecimiento de una competencia normativa compartida, expresada a través de unas clases especiales de leyes destinadas exclusivamente a regular esta modalidad de descentralización: las leyes de bases que deben ser sancionadas por la Asamblea Nacional y las leyes de desarrollo por los Consejos Legislativos.

El análisis de esa competencia legislativa (leyes de bases y leyes de desarrollo) en el contexto del Derecho Comparado pone en evidencia

que los constituyentes, al parecer irreflexivamente, optaron por seguir el modelo de la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 149.1. consagra esta modalidad de descentralización del Estado a las Comunidades Autónomas. La mencionada falta de reflexión los hizo olvidar que esa Carta Constitucional creó ex novo, además atendiendo a específicas condiciones históricas y sociales imperantes en ese país, una forma de **Estado Autonómico,** o de **base regional**, cuya institucionalización imponía un acentuado proceso de descentralización, mediante la transferencia o delegación de competencias exclusivas del Estado a las Comunidades Autónomas (art. 150), y la regulación normativa de las competencias concurrentes entre esos mismos entes territoriales.

De modo, pues, que con relación a este tipo de competencias, la intención de la Constitución Española más que a tratar de diseñar un proceso material de transferencia de servicios, fue establecer un sistema de regulación legislativa compartido entre el Estado y las Comunidades Autónomas, donde cada uno de estos entes territoriales detentan competencias normativas exclusivas, para cuyo ejercicio diseñó dos clases de leyes diferentes, tanto desde el punto vista objetivo como subjetivo; de allí que en ese contexto cobraba sentido práctico y jurídico regular el proceso de descentralización en el marco de las competencias concurrentes, mediante las indicadas leyes estadales de bases y comunitarias de desarrollo.

Por el contrario, cabe pensar que el traslado irreflexivo de esa fórmula extranjera, que dicho sea de paso, no ha dejado de suscitar discusiones doctrinarias en el mencionado país, generará serias dificultades prácticas y jurídicas, dado que no puede obviarse que continúa siendo un objetivo fundamental del proceso de descentralización en Venezuela, lograr la transferencia de servicios del Poder Nacional a los Estados, en todas aquellas materias objeto de competencias concurrentes. Pero ahora con esta nueva concepción de la modalidad de descentralización bajo examen, forzada por la inevitabilidad de articularla en las leyes de bases y de desarrollo, se suscitan graves problemas inter-

pretativos, porque la primacía del proceso ya no va estar centrada, por lo menos formalmente, en la transferencia de servicios, sino en la relación entre los mencionados dos tipos leyes, lo que seguramente generará serios conflictos de competencia entre el Poder Nacional y los Estados, en lo tocante a sus respectivos contenidos, que finalmente deberán ser resueltos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aparte de la problemática concerniente a la relación de causalidad que puede plantearse entre leyes de bases y leyes de desarrollo, de tal suerte que las primeras no podrán ser sancionadas por los Consejos Legislativos Regionales, si previamente la Asamblea Nacional no dicta las correspondientes leyes de bases.

Lo cierto es que en la actualidad –insistimos– continúa siendo un reclamo que se inserta en el proceso de descentralización la necesidad de la transferencia de los servicios que maneja el Poder Nacional, razón por la cual deberán realizarse los mayores esfuerzos interpretativos para subsumir esa fase en el proceso de sanción de la legislación de bases y de desarrollo previsto en la Constitución, lo que a primera vista, en un marco conceptual ajustado a la realidad también suscita serias dificultades, debido a que parece forzado, por ejemplo regular en una ley de bases o en una ley de desarrollo, lo que hoy se denomina el plan de transferencia, o el contenido de los convenios que actualmente sirven de base a la transferencia de servicios. Hay que advertir de todas maneras que si las soluciones interpretativas que se den a la regulación constitucional conducen a otorgarle una connotación conceptual distinta, a la que priva en el Derecho Comparado, a las leyes de bases y de desarrollo, ello lógicamente no constituye una heterodoxia insuperable.

En suma, a la luz del artículo 165 constitucional resulta concluyente que se modificó el concepto que privaba durante la vigencia de la Constitución de 1961, y de la parcialmente vigente LOD, acerca de la modalidad de descentralización conocida como transferencia de servicios, o descentralización "latus sensu", porque ahora el mismo aparece articulado fundamentalmente sobre la base de la consagración de una

potestad legislativa compartida entre el Poder Nacional y los Estados en las materias que son objeto de competencias concurrentes, mediante las leyes nacionales de bases y las leyes estadales de desarrollo, lo que pone a primar el ejercicio de esa potestad legislativa sobre la transferencia de servicios, la cual seguramente deberá ser disciplinada en alguna de esas dos categorías de leyes.

10.6.3.5.4. **La dificultad mayor para iniciar el proceso de descentralización "latus sensu": Inexistencia de una disposición constitucional expresa o implícita permita determinar las materias objeto de competencias concurrentes del Poder Nacional y los Estados.** El epígrafe refleja fielmente la dimensión del obstáculo que va a confrontar el inicio de esta modalidad de descentralización. En efecto, tal vez por las razones que expusimos anteriormente, la mayoría de los constituyentes, tampoco se percató de la necesidad de identificar a las denominadas **competencias concurrentes**, o mejor, las materias objeto de este tipo de competencias asignadas tanto al Poder Nacional como a los Estados, pese a que el Constituyente Brewer advirtió claramente la situación, al punto que una de las razones que esgrimió para salvar su voto en la aprobación del mencionado precepto constitucional, fue la falta de determinación de esas competencias.

Pues bien, debido a la mencionada omisión esta modalidad de descentralización, en virtud de su particularidad, y pese al indudable carácter normativo de la Constitución, en realidad pasa a ser un mero programa, cuya ejecución (inicio y desarrollo) aparece condicionado a la sanción por la Asamblea Nacional de una ley identificadora o delimitadora de este tipo de competencias, lo que configura un problema de no poca monta. O sea, que sin esa ley, que al parecer no forma parte de las prioridades del Parlamento, hay que olvidarse de la regulación de esta modalidad de descentralización, mediante la promulgación de leyes nacionales de bases y de leyes estadales de desarrollo, pues se insiste en que su contenido estará referido únicamente a las competencias concurrentes del Poder Nacional y de los Estados, cuya determinación resulta inexistente.

Igualmente es necesario subrayar que la sanción de la referida ley comporta enormes dificultades conceptuales, debido a que la aludida omisión constitucional no fue únicamente cuantitativa (enumeración de las competencias concurrentes), sino en cierto sentido cualitativa, en virtud de que el texto constitucional tampoco alude expresamente al concepto de competencias concurrentes, ni contiene ningún indicador que oriente al intérprete en torno a la construcción del mismo. Hay que registrar que en aquellos los países con forma de estado Federal clásico, de base regional o autonómico, priva la tendencia a enumerar en la Constitución las competencias concurrentes o compartidas con los Estados Federados o Regiones . Así ocurre en Alemania, España e Italia.

Conviene advertir que en la Constitución de 1961 ni siquiera se hacía referencia indirecta a las competencias concurrentes, y la única forma de descentralización que preveía era la que operaba mediante la transferencia de competencias exclusivas (art. 137), siendo la modalidad de la transferencia de servicios, una creación del legislador (LOD), basado en una interpretación amplia del citado artículo 137 constitucional, así como de otros dispositivos de dicho Carta, sobre todo aquellos contentivos de las denominadas cláusulas competenciales. De allí que exigirle al texto constitucional derogado una enumeración de esas competencias era ciertamente una pretensión infundada . En cambio, en la Constitución de 1999 que sí consagra claramente esta clase de competencias, la exigencia resultaba no sólo fundada, sino también necesaria.

Cabe recordar que el método seguido por el legislador de 1989 para identificar o delimitar las competencias concurrentes del Poder Nacional y de los Estados, estuvo basado en la tesis recogida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en los siguientes términos:

> *"... En efecto, la totalidad de los entes que conforman la organización política de la Nación, a los que la Constitución engloba bajo el término de 'Estado', realizan su actividad en*

ejercicio también, de una sola potestad genérica 'el Poder Público', que se distribuye vertical y horizontalmente. Por ello estimamos que todas las veces que la Constitución utiliza la palabra 'Estado' tiene que entenderse como comprensivo de la totalidad de los entes que conforman la organización política nacional (República, Estados y Municipios); en cambio, cuando la Constitución ha querido hablar específicamente de la República, de los Estados o de los Municipios, lo ha hecho expresamente (art. 124)".

O sea, que partiendo de un criterio discutible, porque está basado exclusivamente en la utilización de la palabra **Estado** a lo largo del texto de la Constitución, sin atender para nada al concepto de competencias residuales e implícitas, y a la identificación que existía entre República y Estado, el legislador centró la definición de las competencias concurrentes en el referido término, y procedió a enumerarlas en el artículo 4 de la mencionada Ley. Este método no dejó de suscitar dudas a los efectos de la determinación de las competencias concurrentes, sin embargo sirvió para impulsar la modalidad de descentralización territorial, centrada en la transferencia de servicios; por lo tanto, queda por ver si el legislador optará por aplicarlo nuevamente a la luz de la Constitución de 1999.

En caso de que el legislador decida aplicar el mismo criterio, suponemos que después de las correspondientes discusiones, debe tener muy en cuenta que ahora el texto constitucional contiene la palabra Estado aproximadamente diez veces más que el derogado, razón por la cual el examen de cada disposición que contenga dicha palabra deberá ser examinada con extrema rigurosidad, para determinar, como lo expusimos en el Volumen I, si real y efectivamente ella pretende atribuir al Estado una competencia en los mismos términos en que aparecen asignadas las competencias exclusivas al Poder Nacional, a los Estados y a los Municipios, en razón de que existen muchos preceptos constitucionales que pueden generar confusión al momento de intentar realizar esa determinación, porque aparentemente asignan competencias, cuando en realidad lo que

hacen es erigir al Estado en garante de determinados derechos, como ocurre por ejemplo en el artículo 19 constitucional que establece el deber del Estado de garantizar a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable de los derechos humanos; o atribuirle una obligación específica, como por ejemplo en el artículo 29 ejusdem que obliga al Estado a sancionar las violaciones de los derechos humanos, y así sucesivamente.

La selección de ese método impone la determinación indubitable de la competencia como concurrente, razón por la cual debe excluirse de dicha determinación cualquier dispositivo, que conforme a un proceso interpretativo, arroje dudas sobre la intención de consagrar una competencia concurrente, y asome más bien la posibilidad de considerar que pretende delinear el otorgamiento de una competencia exclusiva a cualesquiera de los entes territoriales. En ese orden de ideas, a título ejemplificativo, señalamos algunos preceptos constitucionales en los cuales pareciera estar claramente asignada –de conformidad con el método bajo examen– una competencia de esa naturaleza (concurrente): el artículo 102, que expresa el deber del Estado de asumir a la educación como función indeclinable, el 110, que obliga al Estado a destinar recursos suficientes para el fomento y desarrollo de la ciencia y de la tecnología y el 111, que establece que el Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y de salud pública.

Por otra parte, la aplicación del método bajo examen para la determinación de las competencias concurrentes, debido al aumento geométrico de las competencias del **Estado**, con relación a la Constitución de 1961, aconseja que se acuda en ese proceso a las cláusulas implícitas del Poder Nacional (art. 156, num 33) y a las cláusulas residuales de los Estados (art. 164, num 11).

La idea de acudir a las mencionadas cláusulas salta a la vista cuando se examinan algunos dispositivos constitucionales en los cuales se asignan competencias al **Estado**, verbigracia el artículo 86 que consagra el derecho a la seguridad social, y obliga al Estado a asegurar la efectivi-

dad de dicho derecho. Por tanto, formalmente debería considerarse como una competencia concurrente, no obstante, la sola enunciación en el texto del dispositivo de la obligación de crear un sistema de seguridad social universal, con todas sus implicaciones administrativas y normativas, revela que esa es una competencia que por su **índole o naturaleza** le corresponde al Poder Nacional (competencia implícita), lo que lógicamente aun en el contexto del método en comento, conduce a la exclusión de esa competencia del elenco de las concurrentes, y considerarla atribuida como exclusiva al Poder Nacional.

Los razonamientos anteriores conducen a pensar que el legislador, en ausencia de indicadores cuantitativos o cualitativos, acerca de las competencias concurrentes en el texto constitucional, al parecer tendrá que optar por repetir la experiencia anterior, eso sí con los debidos correctivos derivados de la puesta en juego de las cláusulas implícitas del Poder Nacional y las residuales de los Estados, así como de cualquier otra variable que permita perfilar mejor el listado de este tipo de competencias. Lo que sí hay que formular es un llamado para que ese texto legislativo sea sancionado a la mayor brevedad posible, en virtud de que en la actualidad la modalidad de descentralización delineada en el artículo 165 constitucional se encuentra totalmente atascada, puesto que no puede avanzar ni retroceder. No puede avanzar, o mejor reiniciarse, porque la sanción de leyes de bases por la Asamblea Nacional requiere que previamente se identifiquen las competencias concurrentes del Poder Nacional y los Estados, pues intentar hacerlo puntualmente cada vez que se apruebe una ley de bases resulta bastante riesgoso, vista la ausencia de lineamientos conceptuales unitarios y concordantes sobre este tipo de competencias.

Por otra parte, tampoco resulta posible acudir al procedimiento diseñado en la LOD, aunque fuera a los solos fines de darle continuidad a la fase de la transferencia de servicios, porque el mismo quedó afectado por una inconstitucionalidad sobrevenida, derivada de la extinción de las Asambleas Legislativas y del Senado, que eran los órganos que jugaban un papel protagónico en el referido proceso de transferencia. Pareciera

útil advertir que también sería propicia la oportunidad para establecer en la referida ley las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios, con la finalidad de iniciar la ejecución del proceso de descentralización entre esos niveles territoriales estatuido en el artículo 165, único aparte, de la Constitución.

10.6.3.5.5. **Las leyes de bases y las leyes de desarrollo como expresión de la potestad legislativa compartida, que sirve de fundamento a la modalidad de descentralización, derivada de la consagración de las competencias concurrentes entre el Poder Nacional y los Estados.**

10.6.3.5.5.1. **Premisa introductoria.** Debemos recordar la modificación sustantiva que sufrió con la regulación constitucional en comento esta modalidad de descentralización, en virtud de que aparece fundamentada en la potestad normativa compartida entre el Poder Nacional y los Estados, lo que supera sustancialmente el único significado de transferencia de servicios que revestía durante la vigencia de la Constitución de 1961. Por otra parte, es indudable que dicho significado (transferencia de servicios) continuará jugando un papel destacado en la operacionalización del proceso, debido a que razones históricas y prácticas así lo imponen, pero necesariamente deberá subsumirse en el marco de las leyes de bases y de desarrollo previstas en la Constitución, cuya vigencia constituye ahora el requisito sine qua non para el reinicio, bajo otra concepción, de la modalidad de descentralización bajo examen; de allí que resulte necesario tratar de extraer mediante la hermenéutica jurídica los rasgos generales que caracterizan a estos tipos de instrumentos normativos, por supuesto que en el marco de la modalidad de descentralización prevista en el artículo 165 constitucional.

10.6.3.5.5.2. **Breve referencia a las leyes de bases y a las leyes de desarrollo en la Constitución Española de 1978, reguladoras de las competencias concurrentes del Estado y las Comunidades Autónomas.** Sobre los principios que caracterizan a las leyes de bases remiti-

mos a los lectores al Volumen I, de este manual, ya que en este punto nos referiremos esencialmente a los rasgos de ambos tipos de leyes mencionados en el epígrafe, en tanto en cuanto constituyen el presupuesto de la modalidad de descentralización relativa a las competencias concurrentes. En ese orden de ideas lo primero que debe quedar registrado es que ambos instrumentos legislativos encuentran su fundamentación en el texto constitucional, y pese a la relación de precedencia, y casi de causalidad que existe entre ellas, resultaría incorrecto postular una tesis que derivara la existencia de las leyes de desarrollo estadales de las leyes de bases nacionales, o mejor dicho, que considerara a las primeras como una derivación de las segundas. Sin dudas que una posición de ese tenor debe ser rechazada, porque atendiendo al principio de competencia, ambas leyes están en un plano de igualdad, máxime si se toma en cuenta que son sancionadas por órganos entre los cuales no existe relación de subordinación alguna, como son la Asamblea Nacional y los Consejos Legislativos Estadales.

Una vez formulado el anterior planteamiento acerca de la igualdad de ambas leyes, conviene intentar aproximarnos al concepto de ley de bases, y para ello resulta de mucha ayuda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la cual ha sido aceptada sin mayores cuestionamientos por la doctrina de ese país. Como resulta lógico imaginarse acudimos a esa doctrina, por ser la Constitución Española la fuente del precepto contenido en el artículo 165 de la nuestra. En ese orden de ideas cabe señalar que el aludido Tribunal en los primeros años posteriores a la entrada en vigencia de la Carta Constitucional, declaró que las leyes de bases obedecían exclusivamente a un criterio material, postulando en tal sentido que lo esencial para determinar si una “norma tiene el carácter de básica o no es su contenido intrínseco”.

Si bien esta doctrina sentaba el principio de la esencialidad del criterio material, no contribuía mucho a dibujar el contenido de este tipo de leyes, como en su tiempo emblemáticamente fue señalado por SANTAMARÍA (1991), al afirmar que “Decir que lo básico es lo capital, lo

esencial, lo fundamental, las determinaciones normativas vertebrales de una materia no supone avanzar mucho. Ir más allá en términos abstractos es, sin embargo, imposible, porque nos hallamos ante una noción eminentemente relativa e inestable: los preceptos o normas básicas de una materia determinada son los que, en cada momento histórico, el legislador estatal considere como tales, y lo sean realmente... Cuestiones pues que en un momento determinado se consideran básicas pueden no serlo en otro, porque han cambiado las circunstancias, los planteamientos técnicos o, simplemente el partido en el poder".

Esta reflexión del citado autor español revela lo difícil que resulta determinar a priori el contenido de las leyes de bases; no obstante, sin llegar a una definición sobre las mismas tanto la doctrina como la jurisprudencia española, han ido construyendo fatigosamente en torno a dichas leyes ciertos indicadores positivos y negativos, que sin dudas contribuyen a perfilarlas conceptualmente, los cuales pasamos a resumir, por considerar que pueden ayudar al intérprete venezolano en la tarea que próximamente debe acometer. En ese orden de ideas, cabe mencionar: a) se sostiene que las leyes de bases deben contener principios esenciales sobre una determinada materia, o dicho de otra forma, que tienen que estar caracterizadas por las notas de generalidad y abstracción, pues sólo así resulta posible que los órganos de las Comunidades Autónomas sancionen las correspondientes leyes de desarrollo, pudiendo de esa manera optar por soluciones diversas en cada una de ellas, pues en definitiva esos textos legislativos (los de bases), como sostuvo el Tribunal Constitucional Español aseguran "un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias de la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre esa misma materia".

b) Las leyes de bases por definición no deben contener regulaciones de detalles, so pena de invadir la competencia que corresponde a las Comunidades. En ese sentido resulta emblemática la jurisprudencia del mencionado Tribunal cuando declaró que "el establecimiento por parte

del Estado de las bases de la ordenación de una materia no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad" ; c) Las leyes de bases deben, en virtud de que atienden a supuestos de hecho más estructurales que coyunturales de la materia regulada, tener estabilidad. No obstante, un sector de la doctrina española ha mostrado su desacuerdo con esta característica, dado que si bien admite que deben ser estables, afirma que nada obsta para que el Parlamento las modifique, pese a que tengan poco tiempo en vigencia, si considera que con esa modificación se tutela el interés general.

d) Las leyes de bases desde el punto de vista formal pueden regular única y exclusivamente los principios generales sobre la correspondiente materia, pero igualmente dichos principios pueden estar incluidos en una ley que contenga normas de detalles, siempre y cuando el legislador indique cuáles de las disposiciones tienen el carácter de bases; e inclusive en el caso de que en una ley de la naturaleza antes indicada, no se especifiquen las normas que revisten el carácter de bases, corresponderá al legislador de la Comunidad, inferir cuáles son las normas de bases de ese texto legislativo, a los fines de proceder a dictar la ley de desarrollo.

En lo concerniente a las leyes de desarrollo es preciso advertir que todas sus características se extraen de su comparación con las leyes de bases, dado que si las primeras contienen principios generales, las segundas detallan o especifican esos principios, o mejor, como su nombre lo indica, desarrollan las normas de bases estatales. Pese a que siempre serán las mismas bases para todo el Estado, en virtud de que dichas leyes se sancionan para tutelar el interés general y preservar el principio de igualdad ante la ley, ello no implica que todas las Comunidades deban dictar regulaciones uniformes, es decir, las mismas normas, o con el mismo sentido; por el contrario ese desarrollo puede y debe ser diverso, atendiendo a la manera como las Comunidades tutelan el interés general, y a sus situaciones peculiares. A diferencia de lo que ocurre con las leyes de delegación, las leyes de bases no tienen carácter consuntivo, por lo tanto las Comunidades no agotan su competencia con un solo ejercicio legisla-

tivo, luego pueden modificar total o parcialmente las leyes de desarrollo que dicten, por supuesto que respetando los principios generales contenidos en las leyes de bases.

10.6.3.5.5.3. **Aproximación a las leyes de bases y de desarrollo en Venezuela, conceptuadas como presupuesto de la descentralización territorial "latus sensu".** Por supuesto que la aludida inexistencia de antecedentes constituyentes del precepto que consagra este tipo de leyes, dificulta mucho cualquier intento de formular una tesis interpretativa sobre las mismas, que revista un cierto grado de generalidad y validez, correspondiéndole esa tarea al Tribunal Supremo de Justicia en la oportunidad en que tenga emanar un pronunciamiento sobre dichas leyes; no obstante, basados en el texto del artículo 165, y en el marco conceptual delineado por el Tribunal Constitucional Español, del cual hicimos un resumen antes, nos atrevemos a formular las siguientes consideraciones:

Primera: Debe convenirse que las leyes de bases, atendiendo a la fuente de donde provienen, y a su propio nombre, constituyen una categoría especialísima o única de textos legislativos, por cuanto su finalidad exclusiva es tornar operativa la modalidad de la descentralización territorial derivada de las competencias concurrentes que la Constitución atribuye al Poder Nacional y a los Estados, razón por la cual su contenido debe estar limitado a sentar los principios generales de ordenación de una materia objeto de la competencia concurrente de ambos entes territoriales, o en términos de la doctrina española, a establecer "un común denominador normativo", y que las leyes de desarrollo, pese a tener igual que las de bases su fundamentación en la Constitución, resultan un complemento de éstas, en virtud de que su finalidad única es establecer la regulación de detalle, o mejor el desarrollo del espacio normativo que dejan libre las leyes de bases, al consagrar, en términos de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 "conceptos generales, básicos y orientadores".

Segunda: Las leyes de bases deben respetar el límite negativo implícito en su propia connotación conceptual, ya explicitada, motivo por el cual no pueden contener normas de detalles sobre la materia que pretenden ordenar mediante el establecimiento de principios generales. Por lo demás, una disposición de esa naturaleza además de ser contraria a su propia connotación conceptual, configuraría una clara violación constitucional, ya que formulada de esa manera vaciaría de contenido la potestad que la Ley Suprema le atribuye a los Estados de dictar las leyes de desarrollo. Lógicamente tampoco en este último tipo de leyes (de desarrollo) puede pretenderse incluir disposiciones sobre los principios de ordenación de la materia, pues se insiste en que su contenido estará limitado al establecimiento de normas de detalle sobre dichos principios. En suma, existen límites negativos para ambos tipos de leyes.

Tercera: Si bien en el desenvolvimiento de su potestad normativa los Consejos Legislativos deben respetar los principios sentados en las leyes de bases, ello no implica que la relación que se configura entre esos dos instrumentos normativos sea igual a la que se establece entre una ley y su reglamento ejecutivo, pues en función del concepto Estado Federal descentralizado delineado en el artículo 4 constitucional, pareciera que la tesis correcta apunta hacia la equiparación de la relación entre estas dos clases de leyes, como la que existe entre la Constitución y las leyes, en razón de que bajo esa concepción la libertad normativa del legislador estadal es similar a la del legislador nacional, y al igual que éste, quien está limitado exclusivamente por la Constitución, su único límite está constituido por los principios sentados en la ley de bases, quedándole por consiguiente un amplio ámbito legislativo que le permite avanzar en el proceso de descentralización.

Cuarta: Pareciera conveniente, desde el punto de vista formal, que el legislador nacional optara en los primeros tiempos por sancionar leyes de bases que solamente contengan los principios generales de ordenación de la respectiva materia, para que sean desarrollados por los Estados, o de lo contrario, fijar en el texto las normas que contienen bases o

principios de ordenación de las materias concurrentes. Hay que evitar al máximo los conflictos de competencia que se pueden generar cuando se deja al legislador estadal la tarea de inferir en un texto legislativo cuáles son las bases que contiene, para a partir de allí desarrollarlas mediante el correspondiente texto legislativo. Quizás en el futuro, si priva el criterio material en la concepción de la ley de bases, esa pueda ser una alternativa, pero hay que subrayarlo resulta de mucha complejidad.

Por otra parte, hay que destacar que si se atiende al concepto material de ley de bases, no basta que el legislador nacional califique una ley como de bases, para que cierta y efectivamente revista tal carácter. Así por ejemplo, si una ley de esta clase desciende a regular los detalles de los principios que contiene, y declara que esas normas de detalles son de bases, tal declaración normativa, por distanciarse del marco conceptual, y sobre todo constitucional, será susceptible de ser impugnada ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya que en ese caso el legislador nacional estaría usurpando la competencia del legislador estadal.

En efecto, la calificación de ley de bases que ciertamente puede emanar de una ley nacional no puede llegar a convertirse en un burladero de la Constitución, y del proceso mismo de descentralización, al usurpar la competencia normativa que se le atribuye expresamente a los Estados. Hacemos énfasis en esta observación porque recientemente conocimos el texto del Proyecto de Ley de la Hacienda Pública Estadal, el cual está conformado por 218 artículos, lo que basta para evidenciar su carácter de ley que excede los parámetros conceptuales que identifican a una ley de bases, y efectivamente es así, porque la casi totalidad de las disposiciones que lo integran son de detalles; sin embargo en la Exposición de Motivos se expresa que debe dársele el carácter de **ley de bases**, "dada la inevitable interconexión entre las materias que formarán el objeto de esta ley y aquellas sobre las cuales el Poder Nacional tiene asignada cierta injerencia en rol de coordinador y armonizador".

Esa afirmación contenida en la referida Exposición de Motivos demuestra o la intención de burlar la Constitución, en el sentido expresado antes, o un enorme desconocimiento constitucional, porque ni siquiera se llega a invocar el hipotético carácter concurrente de la competencia objeto de la materia regulada (Hacienda Pública Estadal); de allí que sea necesario actuar en esta etapa de consolidación constitucional, en este ámbito material, con la debida prudencia y reflexión, so pena de incurrir en graves errores que seguramente incidirán muy negativamente sobre el proceso de descentralización.

Quinta: Resulta conveniente, en virtud de las regulaciones estructurales sobre la correspondiente materia que contienen las leyes de bases, que éstas estén presididas por el principio de estabilidad, sin embargo, nada impide a la luz del texto constitucional (art. 165 y 218) que aun teniendo poco tiempo de vigencia, puedan ser modificadas total o parcialmente por la Asamblea Nacional, siempre invocando el interés general que se tutela con la sanción de este tipo de leyes.

Sexta: Debido a la circunstancia que privó en la consagración de las leyes de bases y de desarrollo en la Constitución, hay que buscarle una solución normativa al procedimiento de la transferencia de servicios, que como hemos afirmado resulta muy importante en el proceso de descentralización en curso. Pensamos que la regulación pudiera estar contenida en una ley de bases generales, destinada exclusivamente a disciplinar la transferencia de servicios. Otra solución se orientaría por la idea de repetir el mismo procedimiento cada vez que se dicte una ley de bases sobre determinada materia concurrente, por supuesto que esa repetición deberá producirse en idénticos términos en toda ley de esta naturaleza. Y finalmente una solución mucho más práctica, podría ser que el referido procedimiento se estableciera en la ley que determine las competencias concurrentes previstas en el texto constitucional. En todo caso si se mantiene la idea de la transferencia de servicios, es decir, si no resulta excluida por la nueva regulación constitucional, el diseño de ese procedimiento debe aparecer en una ley nacional, en virtud de que comporta la pérdida

de la propiedad de un conjunto de bienes del Poder Nacional, que pasan a los Estados con la transferencia del servicio.

Séptima: En los conflictos entre las leyes de bases y las leyes de desarrollo, pese a que las mismas están presididas por el principio de la competencia, por provenir de subsistemas normativos distintos, es necesario reconocer que en la relación que se configura entre esos dos tipos de instrumentos normativos, existe un elemento común constituido por las bases contenidas en las leyes, que si bien como se ha dicho deja un amplio margen de libertad a los Estados, al punto que las leyes de desarrollo deben obedecer a las particularidades de cada entidad federal, lo que explicaría la posible diversidad de este tipo de leyes, derivadas de las mismas bases normativas, de todas maneras subsiste el respeto a ese elemento común, razón por la cual cuando los Estados lo contrarían, es decir dictan leyes que contienen disposiciones que lesionan a las bases, debe prevalecer la ley nacional, y en consecuencia resulta posible predicar la nulidad de la norma estadal.

Ocurre lo mismo cuando la ley de desarrollo regula principios fundamentales de la materia que no fueron regulados por la ley de bases, pues en ese caso el Estado usurparía la competencia normativa del Poder Nacional. Por supuesto que cuando se modifica una ley de bases, y las nuevas disposiciones contradicen a la ley de desarrollo vigente, atendiendo al criterio de la prevalencia antes expuesto, pareciera concluyente que prima la primera (de bases), produciéndose consecuencialmente la nulidad de las disposiciones incompatibles de la segunda (de desarrollo).

GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) sostiene una tesis diferente en esta hipótesis, pues afirma que en vez de una derogatoria de la ley de desarrollo, lo que se produce es un **desplazamiento** de la misma; y por consiguiente, procedería su inaplicación, en vez de su derogatoria, manteniéndose la ley de desarrollo vigente, de tal suerte que si vuelve a modificarse la ley de bases, y se suprime la incompatibilidad, entonces la de desarrollo cobraría su plena vigencia. Pensamos que en Venezuela debe-

rá imponerse la tesis de la prevalencia de las leyes de bases sobre las leyes de desarrollo, pese a emanar de subsistemas normativos diferentes, en virtud de que en lo sustancial la prevalencia refleja una relación de jerarquía atípica, derivada de la particularidad de ambas leyes, y del elemento o nexo común constituido por los principios sentados en las leyes de bases.

Las consideraciones precedentemente expuestas no agotan las situaciones que seguramente se presentarán en el inicio o reinicio del proceso de ejecución de la modalidad de descentralización derivada de las competencias concurrentes del Poder Nacional y de los Estados, contempladas en la Constitución de 1999, pues subsisten serias interrogantes, cuyas respuestas deberán surgir del debate o de la actuación de los órganos jurisdiccionales, entre otras, por ejemplo, si obedeciendo al concepto material de leyes de bases, resulta posible, como lo declaró el Tribunal Constitucional Español, para el caso de las Comunidades Autónomas, que los Estados dicten leyes de desarrollo sin que previamente sea sancionada la correspondiente ley de bases. Igualmente deberá dársele una respuesta a la eventual potestad reglamentaria del Ejecutivo Nacional de las leyes de bases; al carácter consuntivo o no de las leyes de desarrollo, a la eventual inconstitucionalidad por omisión de la oportuna sanción de las leyes de bases por parte de la Asamblea Nacional, y de las leyes de desarrollo por los Consejos Legislativos, una vez sancionada la respectiva ley de bases. Esas y otras muchas interrogantes, seguramente aflorarán al momento de reiniciar el proceso de descentralización basado en la sanción de leyes de bases y leyes de desarrollo.

10.6.3.5.5.4. **La exigencia constitucional de que las leyes de bases y de desarrollo estén orientadas por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.**

10.6.3.5.5.4.1. **De las competencias concurrentes reguladas por "convenios" a su regulación mediante leyes de bases y de desarrollo.** Para intentar esbozar una tesis interpretativa sobre la exigencia constitu-

cional mencionada en el epígrafe, es necesario volver sobre el diseño original de la norma contenida en el anteproyecto de la Constitución, el cual aparecía concebido así:

> *"**Las competencias concurrentes se regularán mediante la celebración de convenios entre el Poder Nacional y los Estados conforme a la Ley, y sus contenidos estarán orientados por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad**"* (énfasis añadido).

Ahora bien, la redacción del precepto transcrito al parecer obedecía a la idea de consagrar en la Constitución un modelo de "federalismo cooperativo", tal como se afirma en la Exposición de Motivos, al aludir a los principios de cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, "que son característicos de un modelo federal cooperativo, en el que las comunidades y autoridades de los distintos niveles políticoterrritoriales participan en la formación de las políticas públicas comunes a la Nación, integrándose en una esfera de gobierno compartida para el ejercicio de las competencias en que concurren". En efecto, el examen de la doctrina evidencia que en ciertos Estados compuestos se avanza hacia el denominado "federalismo cooperativo", pero no exactamente en la concepción consignada en la citada Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, sino regido por el principio de que toda actividad importante de gobierno debe derivarse del compromiso conjunto y coordinado del Estado Federal con los Estados Federados, Regiones o Municipios, según el caso. O sea, que la mejor demostración de que el modelo existe, es que efectivamente se produzca la participación de los entes territoriales descentralizados en la política general del Estado Federal o Central.

Por otro lado, como es fácil imaginarse dicha participación debe ser garantizada en la Constitución mediante la consagración de los instrumentos pertinentes, que van desde la clásica Cámara Territorial (el Senado) del Parlamento, pasando por la creación de órganos mixtos,

así como hasta el establecimiento de los mecanismos de intervención en los procedimientos legislativos y administrativos, mediante proposiciones, puntos de vista y acuerdos o conferencias sectoriales. Por lo tanto, a la luz de este marco conceptual el federalismo cooperativo no se limita exclusivamente, al ámbito de las competencias concurrentes, como se sostiene en la Exposición de Motivos, y aparte del Consejo Federal de Gobierno, que pese a tener asignada una función muy importante, es sectorizada, no existe ningún otro instrumento para tornar operativo el mecanismo de participación, al punto que no fue instituida la Cámara Territorial (Senado); de allí que la buena voluntad acerca de la implantación del modelo de federalismo cooperativo, consignada en la Exposición de Motivos, pareciera que no traspasará el significado de una mera declaración.

Sin embargo, esa declaración explica, en nuestro criterio, la intención de los proyectistas al establecer que los **convenios** que suscribieran los Estados con el Poder Nacional, debían estar orientados por los principios de la **interdependencia**, **coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad**, en virtud de que dichos principios resultan esenciales para hacer posible la **participación**, que como vimos es la nota clave del federalismo cooperativo, máxime cuando la misma debe tornarse operativa en el ámbito de las competencias concurrentes. Sin embargo, la actuación de tales principios en la relación de los Estados y el Poder Nacional cobra sentido cuando la regulación de los mismos resulta de las negociaciones entre ámbitos territoriales, y lógicamente caso por caso, pues ello impone particularizar los mecanismos de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

En efecto, en la gestión de la materia correspondiente a una competencia concurrente, la tendencia pareciera orientarse, por ejemplo, a que la coordinación recaiga en el Poder Nacional, pero nada obsta desde el punto de vista legal y práctico, para que sea asignada al Estado que suscribe el Convenio. Igual solución cabe predicar con relación a los demás principios. En suma, tal como aparecía concebido originalmente

el dispositivo en el anteproyecto, en el cual se colocaba la base de la regulación de las competencias concurrentes atribuidas al Poder Nacional y a los Estados, en la celebración de convenios, resultaba relativamente sencillo orientar su elaboración, e inclusive basarlos fundamentalmente en los aludidos principios.

10.6.3.5.5.4.2. **La dificultad de orientar las leyes de bases y de desarrollo por los principios de la interdependencia, la cooperación, la coordinación, la corresponsabilidad y la subsidiariedad.** Si resultaba relativamente sencillo incluir los principios mencionados en el epígrafe en los convenios que debían suscribir los Estados con el Poder Nacional, para regular a las competencias concurrentes, la cuestión se complica bastante cuando el precepto contenido en el artículo 165 exige que las leyes de bases y de desarrollo estén orientadas por esos mismos principios, en primer lugar, porque el concepto de descentralización que privaba en los proyectistas estaba limitado exclusivamente a la **transferencia de servicios**, el cual como quedó demostrado precedentemente, varió de manera significativa, en virtud de que supera la actividad de gestión para abarcar la actividad normativa; en segundo lugar, porque resultaba coherente en el marco del "federalismo cooperativo" que los proyectistas veían reflejado en el ejercicio de las competencias concurrentes, las cuales debían ser reguladas mediante convenios (acuerdos de voluntades conforme a los parámetros de la ley) que perfectamente –insistimos– podían estar orientados por esos principios.

De modo, pues, que los constituyentes al modificar la connotación conceptual del concepto de descentralización que privaba bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y la LOD, en la acepción recogida en el artículo 165 constitucional, y mantener inmodificada la disposición en la parte concerniente a los principios que debían informar a los convenios, sustituyendo esta palabra por legislación, incurrieron en un falso supuesto, que se erige en una gran dificultad para poder lograr razonablemente que las leyes de bases y de desarrollo puedan estar orientadas por dichos principios, porque aun cuando se haga abstracción de asuntos peculiares

tales como los relativos a los mecanismos de coordinación, colaboración y corresponsabilidad, quedaría por determinar si tales regulaciones constituyen bases o desarrollo, con el peligro de consagrar un uniformismo, y lo que es más grave aún, que se consolide indirectamente la centralización, en el caso de que se admita que los mencionados principios únicamente pueden ser insertados en las leyes de bases.

Como se observa la dificultad es de orden conceptual, pero también tiene connotaciones políticas y prácticas, que únicamente puede ser superada por la vía del consenso o jurisdiccional, encontrando una tesis interpretativa que armonice los intereses generales que debe tutelar la República (Poder Nacional), con los intereses generales que deben tutelar cada uno de los Estados, atendiendo a sus correspondientes particularidades. Todo pareciera apuntar "prima facie" a que la desagregación de esos principios debería encontrar recepción en las leyes nacionales de bases.

10.6.3.6. **La descentralización de los Estados a los Municipios.**

10.6.3.6.1. **Premisa Introductoria (la descentralización "strictus sensu").** Es necesario advertir previamente que pese a que el artículo 137 de la Constitución derogada, concebía a la descentralización como la transferencia de competencias exclusivas del Poder Nacional a los Estados y Municipios, cuando fue sancionada la LOD, el proceso quedó limitado exclusivamente a los Estados, es decir, que fueron excluidos del mismo los Municipios. Cuando se delimitaron las competencias del Poder Público, a los fines de la determinación de las competencias concurrentes, tampoco fueron incluidos los entes municipales en la transferencia de servicios, que igualmente quedó circunscrito a los Estados. Por consiguiente, del proceso de descentralización iniciado en 1989, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, extrañamente fueron excluidos los Municipios y hasta ahora la situación se ha mantenido formalmente igual, independientemente de que dichos entes tengan acceso a los recursos financieros del Fondo Intergubernamental para la Descentralización.

Como expresamos antes, el artículo 157 de la Constitución de 1999, repite casi en términos idénticos el precepto contenido en el 137 de la de 1961, razón por la cual, dado el rango y la importancia que el texto fundamental le confiere a la descentralización, al punto que en el artículo 158 la define como una política nacional, cuya finalidad es profundizar la democracia y acercar el poder a la población, resulta lógico pensar que en esta ocasión la Asamblea Nacional deberá dar cumplimiento a la Constitución y transferir competencias exclusivas del Poder Nacional, tanto a los Estados como a los Municipios, sin que se pueda justificar una pretendida omisión o abstención en la invocación del artículo 157, que al utilizar el futuro del verbo poder ("podrá) le conferiría al Parlamento una potestad discrecional, que le permitiría reducir el proceso tanto en lo concerniente a la cantidad y calidad de las competencias exclusivas que deba transferir, como en lo relativo al sujeto objeto de la transferencia, pues se insiste en que basta esgrimir el concepto amplio y fundamental de descentralización recogido en el nuevo texto constitucional para desestimar esa tesis; y en consecuencia, impedir que sean excluidos nuevamente los Municipios del proceso de descentralización.

En resumen, todo indica que al iniciarse o reiniciarse el proceso de descentralización conforme a lo preceptuado en el artículo 157 de la Constitución de 1999, a los Municipios, al igual que a los Estados, les serán transferidas competencias exclusivas del Poder Nacional, configurándose de esa manera la modalidad de descentralización que consideramos "strictus sensu", por lo tanto, a los efectos de su regulación remitimos a los lectores al punto 10.6.3.4.

10.6.3.6.2. **La descentralización "latus sensu" (análisis del precepto constitucional).** El aparte único del artículo 165 preceptúa:

> *"...Los Estados **descentralizarán y transferirán** a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias*

concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estadal".

Es necesario destacar que esta norma estaba concebida en idénticos términos en el anteproyecto de Constitución, sólo que integraba un artículo distinto, pero como señalamos antes, la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente decidió incorporarla como aparte único del hoy artículo 165, sin hacerle ningún tipo de modificación. Ese dato que forma parte de los antecedentes constituyentes, especialmente en lo que toca al respeto a la integridad del texto por la Asamblea Nacional Constituyente, es bastante revelador de la "ratio" del precepto bajo examen. Efectivamente, en nuestro criterio, resulta indudable que dicha ratio apunta hacia la idea de consagrar la modalidad de descentralización "latus sensu", pero reducida exclusivamente, a diferencia de lo que ocurre con las competencias concurrentes del Poder Nacional y los Estados, a la **transferencia de servicios**, tal como resulta de la parcialmente vigente LOD.

La tesis interpretativa precedente encuentra su fundamentación en la concepción que privaba en los proyectistas acerca de esta modalidad de descentralización, la cual quedó recogida en la redacción original del encabezamiento del artículo, que al ser modificado produjo el cambio conceptual antes indicado; en cambio, el primer aparte de dicho precepto al mantenerse inmodificado continuó reflejando la referida concepción, la cual no era más que un trasunto de la contenida implícitamente en el aludido encabezamiento, pero con la particularidad de que literalmente se refiere a la **transferencia de servicios.**

Es cierto que la redacción del esquema constitucional bajo examen peca de un defecto de técnica legislativa, lo que puede conducir a una tesis interpretativa errónea, si el proceso hermenéutico no se subsume en el marco conceptual de la descentralización territorial delineada en la Ley Suprema. En efecto, cuando el dispositivo expresa que los Estados **descentralizarán y transferirán** a los Municipios los **servicios y compe-**

tencias que gestionen; en primer lugar, incurre en una tautología , porque la descentralización, y por ende, también la territorial, tanto en sentido amplio como restringido, siempre comporta una **transferencia,** sea de competencias o de servicios, de un ente público a otro ente público.

En segundo lugar, y esto es lo más importante de resaltar, si se interpretara descontextualizadamente el esquema normativo bajo examen, entonces resultaría correcto, desde el punto de vista formal, sostener que la descentralización delineada en este precepto comprende a la "strictus sensu" cuando alude a la **transferencia de competencias**, y a la "latus sensu" cuando alude a la **transferencia de servicios**, pues hemos insistido en que son las variables "competencias" y "servicios" las que sirven de basamento a la formulación conceptual de ambas modalidades de descentralización, derivadas, por supuesto, de la experiencia venezolana, y de la LOD.

Sin embargo, esa confusión que puede tener su origen en los referidos términos utilizados por la Constitución, queda inmediatamente aclarada en el mismo texto del artículo, que categóricamente expresa que esa modalidad de descentralización opera exclusivamente "**dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público**", motivo por el cual, en nuestro criterio, sólo puede estar referida, visto que se enmarca dentro de las competencias de esa naturaleza, a la denominada "transferencia de servicios", excluyéndose toda posibilidad de transferencia de competencias exclusivas de los Estados a los Municipios, ya que en el esquema normativo bajo examen el término competencia es utilizado impropiamente como sinónimo de servicio.

10.6.3.6.3. **Requisitos que condicionan la descentralización "latus sensu" de los Estados a los Municipios**. El precepto constitucional condiciona la transferencia de servicios de los Estados a los Municipios al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que los servicios estén siendo gestionados por los Estados, de tal suerte, como por lo demás resulta lógico, que no podrá transferirse un servicio necesario para

el ejercicio de una competencia concurrente de los Estados y los Municipios, que no esté siendo prestado por el Estado transfirente; b) que el Municipio al cual se pretenda transferir el servicio esté capacitado efectivamente para prestarlo, ya que carecería de sentido, por ejemplo, en aras de promover la descentralización, transferir los servicios de salud a un ente municipal, si éste carece de los recursos esenciales para gerenciarlos eficazmente. Por supuesto, que corresponderá al Estado establecer en el correspondiente ordenamiento jurídico los indicadores que revelen objetivamente la capacidad de realizar la prestación de los servicios por los Municipios; y c) por supuesto que la decisión de transferir el servicio comporta "ope Constitutionem" el traslado inmediato de los recursos de todo tipo (financieros, presupuestarios y humanos) al Municipio.

10.6.3.6.4. **La regulación de los mecanismos mediante los cuales se debe tornar efectiva esta modalidad de descentralización de los Estados a los Municipios.** Antes de tomar decisiones sobre la sanción de los instrumentos legislativos que regularán esta modalidad de descentralización, lo primero que deberán realizar los órganos competentes de los Estados es dilucidar si la misma está restringida, como sostenemos nosotros, a la **transferencia de servicios**, tal como ha sido concebida y ejecutada en el marco de la experiencia venezolana, derivada de la aplicación de la LOD (transferencia de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles, recursos financieros, establecimiento de los mecanismos de coordinación y supervisión, personal, recursos presupuestarios), o bien, debe considerarse en el sentido amplio que se deriva del encabezamiento del artículo bajo examen, caso en el cual la transferencia de servicios sería sólo una expresión de la misma.

La solución que se adopte sobre el alcance del proceso de descentralización conducirá a la creación de los instrumentos normativos que lo regularán. Así, si se opta por la primera, bastará que se dicte una Ley estadal que establezca sus parámetros básicos, como ocurre con la LOD, dejando el resto de la regulación a los convenios que se suscriban entre los Estados y los Municipios. Claro está que el ordenamiento estadal

comprenderá también los reglamentos de las leyes que se sancionen para regular la descentralización, los cuales podrán ser dictados por el Gobernador. En este orden de ideas habría que dilucidar si el ordenamiento estadal aludido en la Constitución se extiende a los denominados reglamentos independientes. En cambio, si se opta por la segunda tesis, lo más recomendable sería que se siguiera en el ordenamiento estadal el modelo contenido en la regulación constitucional, estableciendo las bases o principios generales en las leyes estadales, y dejando el desarrollo de las mismas a las Ordenanzas que dicten los Municipios.

Lo que sí debe quedar claro es que la determinación de las competencias concurrentes de los Estados y de los Municipios previstas en la Constitución, no entra en la esfera de competencia del ordenamiento estadal, en virtud de que la coherencia y armonía que debe revestir esta materia impone que sea disciplinada por una Ley Nacional, que como dijimos antes, puede ser la misma en la que se establezcan las competencias concurrentes del Poder Nacional y de los Estados.

En resumen, el trazado "ex novo" de los lineamientos fundamentales que regulan la descentralización de los Estados a los Municipios, impone un estudio pormenorizado y reflexivo, por supuesto que guardando la debida concordancia con los preceptos que regulan las modalidades de descentralización del Poder Nacional a los Estados, lo que permitirá esbozar fórmulas interpretativas que permitan iniciar a la mayor brevedad posible el proceso. Ese estudio permitirá determinar el alcance del proceso de descentralización contemplado en el artículo 165, único aparte constitucional, e igualmente arrojará luces sobre lo que puede llegar a plantearse como un problema interpretativo de no poca monta: el atinente a si la voluntad de la Constitución es consagrar una descentralización de primer grado, del Poder Nacional a los Estados, y otra de segundo grado, de los Estados a los Municipios, y si en ese orden de razonamiento resulta posible que los Estados transfieran las competencias exclusivas que previamente les son trasladadas por el Poder Nacional. Sobre la problemática planteada en los párrafos precedentes ya fijamos criterio,

pero reconocemos que la lectura concordada de los artículos 157 y 165 constitucionales, puede dar a lugar a esas interrogantes.

Conviene reconocer que aun con sus imperfecciones de técnica legislativa, el artículo 165 de la Constitución constituye un adelanto en materia de descentralización, porque definitivamente impone el deber –inexistente en el ordenamiento preconstitucional– a los Estados de transferir a los Municipios, por lo menos los servicios que actualmente estén prestando, siempre y cuando estos últimos estén en capacidad de gestionarlos. Ya no se trata de un gesto de buena voluntad de las entidades federales, ni tampoco de una disposición de rango legal o sublegal, sino de un imperativo constitucional, cuyo incumplimiento configura, sin dudas, una omisión censurable por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a tenor de lo pautado en el artículo 336, numeral 7, de la Ley Suprema.

10.6.3.6.5. **La "descentralización" de los Estados y Municipios a las comunidades y grupos vecinales.** Por último, aunque no forma parte de este capítulo dedicado a examinar las fórmulas organizativas, sean intersubjetivas o interorgánicas, entre entes públicos o estatales, cabe registrar que la Constitución en su artículo 184 crea una forma inédita de descentralización de los Estados y Municipios a las comunidades y grupos vecinales. En efecto, el citado precepto estatuye: "La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios **descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados** los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos...."

En realidad esta norma deberá ser objeto de un examen exhaustivo, porque contiene signos evidentes de confusión conceptual, pues originalmente estaba concebida en el anteproyecto de Constitución para propiciar la participación de la comunidad organizada en la Administración Pública estadal y municipal, y en tal sentido establecía que la ley debía crear y desarrollar las formas y estructuras organizativas comuni-

tarias para garantizar esa participación ciudadana (art. 204 y 205). Ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente modificó totalmente el artículo, siguiendo parcialmente el modelo para diseñar el proceso de descentralización de los Estados a los Municipios contenido en el artículo 165, aparte único, puesto que sustituyó el proceso de participación por el de **descentralización**.

Pero la concepción de la norma (art. 184), a los fines de consagrar el referido cambio, refleja serias incoherencias sustantivas, puesto que una vez que en su encabezamiento se estatuye el deber de los Estados y Municipios de descentralizar y transferir a las comunidades y grupos organizados los servicios, a continuación se erige como finalidad de dicho proceso, **promover** la participación de la comunidad en la formulación de propuestas de inversión, en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social (cooperativas, cajas de ahorro), trabajadores en las empresas públicas, la creación de empresas cooperativas y empresas comunales de servicios, la creación de **nuevos sujetos de descentralización** a nivel de las parroquias, comunidades y barrios, y la participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales.

La lectura de la síntesis de las finalidades que se asignan al extraño e inédito proceso de descentralización delineado en el artículo 184, en el cual notamos falta para empezar, el sujeto receptor de la competencia que se pretende transferir, si se trata de descentralización, porque la transferencia de servicio a que alude el dispositivo puede considerarse como una modalidad de descentralización, cuando se predica la asignación de competencias concurrentes entre los dos sujetos de la descentralización, los cuales serán "nuevos", dado que deberán ser creados a nivel de parroquias, comunidades y barrios. Además queda por dilucidar si la descentralización, que de suyo se predica entre dos sujetos de derecho público, o de un sujeto de derecho público y otro estatal, y comporta, como se ha dicho el ejercicio de competencias del Poder Público, en este caso de los Estados y Municipios, será posible erigirla entre esos entes territoriales y

entes privados, como serían los sujetos que se crearían a nivel de barrios y comunidades, y son las asociaciones vecinales y las organizaciones no gubernamentales.

Los razonamientos anteriores demuestran que no resultará una tarea fácil en sede legislativa desarrollar el artículo 184 constitucional, a los fines de implementar este extraño e inédito modelo de descentralización de los Estados y Municipios a sujetos privados, y quizás lo más razonable pareciera privilegiar la idea original de la participación contenida en el anteproyecto de Constitución, lo que no resultaría nada descabellado si se aborda la interpretación del mencionado precepto en el contexto del marco conceptual sobre la descentralización expuesto en los puntos anteriores, y atendiendo a la promoción de la participación exigida literalmente en cuatro de los siete numerales que integran el dispositivo constitucional.

10.6.3.6.6. **La descentralización territorial en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.** La Ley regula en sus artículos 30 y 32 el principio de descentralización territorial en los siguientes términos:

> *Art. 30 "Con el propósito de profundizar la democracia y de incrementar la eficiencia y eficacia de la gestión de la Administración Pública, se podrán descentralizar competencias y servicios públicos de la República a los estados y municipios, y de los estados a los municipios, de conformidad con la Constitución y la ley.*
>
> *Art. 32. " La descentralización funcional o territorial transfiere la titularidad de la competencia y, en consecuencia, transfiere cualquier responsabilidad que se produzca por el ejercicio de la competencia o de la gestión del servicio público correspondiente, en la persona jurídica y en los funcionarios y funcionarias del ente descentralizado".*

La lectura del precepto contenido en el primer artículo revela, aparte de las imprecisiones terminológicas, que el mismo no hace más que compendiar a los artículos 157 y 165 constitucionales, que consagran la descentralización “strictus y latus sensu”, explicitadas en los párrafos anteriores, es decir, la transferencia de competencias exclusivas, y de servicios en el caso de las competencias concurrentes a los Estados y Municipios, y de los Estados a los Municipios.

El artículo 32 de la LOAP engloba la consecuencia de la descentralización funcional y de la descentralización territorial, y a pesar de que la figura organizativa bajo examen aparece conceptualmente correctamente concebida, en virtud de que categóricamente asienta que se transfiere la titularidad de la competencia, revela el error que se repite a todo lo largo de la ley de confundir la responsabilidad de la persona jurídica descentralizada funcionalmente de los titulares del órgano del ente descentralizado, que insistimos es un principio general recogido en la Constitución (principios de la responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos derivado del ejercicio de sus funciones), con la imputación de los proveimientos que emanen en ejercicio de la competencia que le ha sido transferida el ente descentralizado territorialmente.

10.7. **La autonomía.**

10.7.1. **El concepto de autonomía (relatividad histórica y conceptual).** Señala GIANNINI (1991) que el término autonomía tiene su origen en la Filosofía, que luego transitó el campo de la Ciencia Política, y posteriormente llegó a la Ciencia Jurídica, en la cual ha terminado por asumir diversos significados, algunos de ellos contradictorios entre sí. Por tanto, considera el referido autor que cada vez que se encuentre utilizado el término en un texto jurídico, resulta necesario tratar de determinar el hecho preciso que pretende regular, pudiendo darse el caso, inclusive, que dicho término no se corresponda con un valor jurídico específico.

Ahora bien, cabe precisar que la autonomía como fórmula organizativa está caracterizada por su relatividad, tanto desde el punto de vista histórico como conceptual. En ese orden de ideas autonomía significa independencia o autodeterminación de un ente, y excepcionalmente de un órgano, pero para ello se requiere que ese ente esté relacionado con otro, de tal manera que en esa relación el primero puede considerarse originario, y el segundo derivado, lo que permite sostener que la autonomía del segundo es el mayor o menor ámbito de independencia o autodeterminación que detenta teniendo como referencia al primero. Por eso ROMANO (1993) sostiene que "la autonomía es coesencialmente limitada". Desde el punto de vista histórico, la fórmula de la autonomía va a surgir básicamente en las relaciones entre el Estado y los entes territoriales menores (Estados, Provincias, Regiones, Municipios), y su ámbito y contenido estará determinado por la característica del Estado, de tal suerte que si se trataba de uno unitario fuertemente centralizado, como es lógico, no resultaba posible hablar de autonomía. Así ocurría, por ejemplo en el modelo de Estado Absoluto o Moderno; en cambio en un Estado pluralista, es decir, integrado por entes territoriales y no territoriales, surge la necesidad derivada de las relaciones que se establecen entre dichos entes, de delimitar el ámbito de independencia o autodeterminación, de uno respecto de los otros, que no es más, como hemos dicho, que la predicada autonomía.

Queda así explicitada la tesis doctrinaria que postula la relatividad del concepto de autonomía, el cual por esa razón siempre comporta implícita o explícitamente, aunque parezca paradójico, la existencia de un límite, pues se es independiente con relación a algo o a alguien. Insistimos en que históricamente la figura surge de las relaciones entre los Estados y las entidades regionales y locales. En ese orden de razonamiento es necesario subrayar que cuando un Estado es unitario, totalmente centralizado, la autonomía carece de límites, porque entonces se confunde con la soberanía. En la época actual, como expusimos en el primer Volumen, el Estado como ordenamiento general, u ordenamiento originario, al revestir la mayor autonomía posible, la misma constituye en realidad

su nota esencial, conocida más bien como **soberanía**; de allí entonces que sea posible predicar la autonomía de las Regiones, Estados y Municipios, en su relación con el Estado soberano, mediante la determinación del ámbito y el contenido de la independencia o facultad de autodeterminación que la Constitución le atribuye a cada uno de esos entes territoriales.

10.7.2. **La autonomía política y normativa.** Los razonamientos desarrollados en el acápite anterior evidencian que la autonomía es una figura típicamente intersubjetiva, y excepcionalmente interorgánica, porque la independencia implicada en el concepto, se insiste, es de un ente con relación a otro, situación que en términos generales no se produce cuando la relación es entre órganos, la cual está presidida por el principio de jerarquía. E igualmente demuestran que independientemente de las modalidades que actualmente puede adoptar la figura bajo examen, obedeciendo a su ámbito y contenido (administrativa, organizativa, normativa, financiera, etc), ella surge originariamente como **autonomía política**, en virtud de que alude a la independencia de los entes territoriales para darse una orientación político administrativa distinta a la del Estado, siempre y cuando dicha orientación no contradiga los intereses generales tutelados por aquel, lo que constituye un claro y objetivo límite que no puede ser superado por esos entes territoriales, que constitucionalmente no hace más que reflejar un mecanismo de control del Estado sobre los otros entes territoriales. Precisamente ese margen de independencia los diferencia de las figuras subjetivas descentralizadas funcionalmente del Estado, que pese a la autodeterminación que se origina en la personalidad jurídica que detentan, siempre tendrán carácter auxiliar o instrumental del ente estatal, razón por la cual están impedidos de distanciarse de la orientación político administrativa formulada por éste.

Por supuesto, que otros límites de la autonomía política están constituidos por los correspondientes principios constitucionales, e inclusive en algunos casos aparecen establecidos en leyes especiales. De modo, pues, que cuando se invoca esta autonomía, pese a la connotación conceptual amplia que reviste, como suelen hacerlo con cierta frecuencia los

entes territoriales menores frente al Estado, tal invocación debe estar presidida por el principio de relatividad, derivado de los límites antes indicados.

En términos generales se admite que la autonomía política implica al mismo tiempo **autonomía normativa**, en virtud de que a los entes territoriales se les confiere la potestad de dictar instrumentos normativos que pasan a integrar el ordenamiento jurídico general, o mejor, pasan a formar parte de las fuentes del derecho del Estado. Así las regiones, provincias, estados o municipios, dictan en su esfera territorial leyes, ordenanzas y reglamentos. Es preciso subrayar que en los ordenamientos actuales la autonomía normativa puede extenderse a entes no territoriales, a los cuales se les confiere la facultad de dictar normas de rango sublegal. Lo que sí resulta necesario subrayar es que este tipo de autonomía es de derecho estricto, en virtud de que sólo es posible admitir válidamente su existencia si una norma del ordenamiento así la consagra de manera expresa, motivo por el cual no basta, por ejemplo, basarse en ciertos principios generales concernientes a una institución jurídica, para predicar la existencia de la potestad normativa de determinados entes, ya que se requiere ubicar en el ordenamiento la correspondiente norma atributiva, para poder afirmar que un ente u órgano tiene autonomía normativa.

Cabe advertir finalmente que pese a los múltiples significados que en cada Derecho Positivo puede adoptar el término autonomía, la doctrina mayoritaria Italiana (GIANNINI, 1991; ROMANO,1946; ZANOBINI, 1958)*,* así como la venezolana (RONDÓN DE SANSÓ, 1981; BREWER, 1978) postula que el significado ortodoxo de autonomía se corresponde con el de autonomía normativa, e igualmente un sector de la doctrina nacional afirma que sólo detentan esta clase de autonomía los entes territoriales.

10.7.3. **Las otras clases de autonomía.** Cabe recordar que existe una relación inversamente proporcional entre las fórmulas organizativas de autonomía y control, pues a menor control ejercido por el ente de

referencia, mayor independencia o autodeterminación del otro ente, y viceversa. Es necesario subrayar que el poder implicado en la independencia es atribuido a la figura subjetiva autónoma, debido a que ésta debe tutelar determinados intereses generales en el ámbito de sus competencias. Ahora bien, esa esfera de poder (independencia o autodeterminación) generalmente se desagrega, en aras de que el ente autónomo que la detenta logre la finalidad que le asigna el ordenamiento jurídico, en diferentes modalidades o clases de autonomía, que al igual que la normativa, deben estar expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico, entre las cuales destacan la organizativa, financiera, contable y tributaria. En resumen, las diversas clases de autonomía mencionadas, constituyen expresiones instrumentales de la actuación del poder general del ente autónomo para lograr los cometidos que le atribuye el ordenamiento.

En esa línea de razonamiento se dice que un ente tiene autonomía organizativa cuando está facultado legalmente para crear , modificar y extinguir sus propios órganos y dependencias administrativas, así como para establecer sus competencias y delinear la disciplina relativa al personal, bienes y servicios. Los actos mediante los cuales los entes autónomos ejercen su potestad organizativa no revisten el carácter de funcionales, porque en estricto rigor, no están destinados a tutelar intereses públicos. No obstante, dado que pueden llegar a afectar los intereses de los administrados, han sido considerados equivalentes a los funcionales, razón por la cual quedan sometidos al régimen de impugnación de éstos. La equivalencia también ha sido fundamentada en el carácter instrumental que revisten los actos organizativos para el cuidado de los intereses públicos.

Se dice que un ente tiene autonomía financiera cuando percibe proventos de su propia actividad, y los administra autónomamente, o cuando igualmente periódicamente recibe recursos de otros entes, y los administra conforme a su propio presupuesto, el cual resulta distinto del presupuesto del Estado o del ente que le proporciona esos recursos. La

doctrina sostiene que un ente tiene autonomía tributaria cuando el ordenamiento le confiere la competencia para establecer, recaudar y administrar tributos particulares en su ámbito de actuación, que generalmente es territorial, y finalmente se suele hablar de autonomía contable cuando el ente tiene atribuida la potestad de adoptar su propio sistema de contabilidad, derogando de esa manera el sistema general establecido por el Estado.

Para concluir vale la pena hacer referencia a los elementos que según GALATERIA (1993) caracterizan a la autonomía, a saber: a) "una independencia relativa y limitada de la figura subjetiva titular de la autonomía, con relación a la figura subjetiva que le sirve de referencia; b) una capacidad de autodeterminación consentida al sujeto autónomo al fin de poder proveer al cuidado de los intereses que les son propios, c) una posición nunca originaria, siempre derivada, de un ordenamiento jurídico sobreordenado del cual obtiene poderes, derechos y garantías. En esta perspectiva surge la distinción entre soberanía y autonomía, en virtud de que la primera comporta una independencia plena y absoluta, y la segunda una independencia relativa graduada caso por caso".

Por último, cabe aludir muy brevemente a la **autarquía**, porque erróneamente se ha pretendido verla como una especificación de la autonomía, cuando en realidad es más bien un atributo de todo ente público u órgano administrativo, autónomo o no, de emanar, en menor o mayor medida actos o proveimientos que revisten la misma naturaleza y los mismos efectos, de los actos administrativos dictados por el Estado.

10.7.4. **La autonomía en el ordenamiento jurídico venezolano.** Cabe señalar que tanto la Constitución vigente como la derogada, al consagrar la forma de Estado Federal a la República de Venezuela, permite inferir que atribuye **autonomía política** a los Estados, y también a los Municipios. Además cualquiera duda que pudiera existir acerca de esa inferencia derivada de la interpretación contextual de la Ley Suprema, ésta se encarga de disiparla en forma expresa y explícita, cuando en su

artículo 159 estatuye categóricamente que los "Estados son entidades **autónomas** e iguales en lo político..." y en el 168 ejusdem, establece que "Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de.....**autonomía** dentro de los límites de esta Constitución y de la ley.....".

No corresponde en este tema entrar a examinar el ámbito de la autonomía de estos entes territoriales, pero si podemos adelantar que la normativa constitucional (no sólo los artículos antes mencionados) resulta susceptible de ser encuadrada en el marco teórico expuesto precedentemente sobre la **autonomía política**, pues los poderes de independencia y autodeterminación de los Estados y Municipios son muy amplios, cuando se confrontan con el Estado o Poder Nacional, y les son conferidos para tutelar los intereses generales de sus respectivas comunidades, e igualmente aparecen estatuidos límites clarísimos, que revelan el carácter relativo de dicha autonomía. Por otra parte, también el texto constitucional confiere **potestad normativa** a los Estados y Municipios, tal como se desprende de los artículos 162, 164 y 165 en el caso de los Estados, y el 175 en el caso de los Municipios, la cual se expresa mediante la sanción de leyes estadales y ordenanzas municipales, así como la emanación de reglamentos estadales y municipales.

Ahora bien, resulta evidente que el concepto ortodoxo de autonomía normativa aparece restringido exclusivamente a los entes territoriales, el cual por lo demás era el criterio de un sector de la doctrina nacional durante la vigencia de la Constitución de 1961, pero el mismo, en nuestro criterio, no se ajustaba ni se ajusta a la realidad del Derecho Venezolano, puesto que existen múltiples ordenamientos jurídicos seccionales (partidos políticos, iglesias, colegios profesionales, universidades, etc.) reconocidos por el Estado que dictan normas, bajo la denominación de "reglamentos internos", con carácter vinculante para los que forman su sustrato corporativo, los cuales, dado el crecimiento geométrico que ha experimentado esta clase de ordenamientos, tienen una enorme importancia, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, lo que

hace imposible ignorarlos en nombre de una concepción ortodoxa y "purista" de la autonomía normativa , que a lo mejor tiene vigencia en otros Estados, pero que en Venezuela debe ser revisada a los fines a su adecuación a la realidad.

Quizás debido a ese criterio ortodoxo de autonomía normativa, algunos autores prefieren hablar de una autonomía primaria o de primer grado, que sería la que detentarían los entes públicos territoriales, y una autonomía secundaria o de segundo grado, que la detentarían los ordenamientos seccionales o particulares. Sin dudas que tal división explica formalmente el origen de la potestad normativa, lo que resulta muy importante, en algunos casos, para determinar la vigencia del principio de la jerarquía normativa, pero no incide para nada en el concepto jurídico de autonomía normativa que –reiteramos– alude a la facultad de dictar normas jurídicas que se integren en el Ordenamiento Jurídico General, pues cabe hacer notar que actúa en ejercicio de esa facultad tanto el Presidente de la República en Consejo de Ministros cuando dicta un Reglamento, o la Asamblea Nacional cuando sanciona una Ley, como el Consejo Universitario de una Universidad, o la Junta Directiva de un Colegio Profesional cuando dictan reglamentos internos, y que igualmente serán instrumentos jurídicos, claro está de distinta jerarquía y de diverso alcance, tanto el Reglamento dictado por el Consejo de Ministros, como el emanado del Consejo Universitario.

En consecuencia, debe convenirse que en Venezuela el concepto autonomía normativa es único, y se extiende tanto a los entes públicos territoriales, como a ciertos ordenamientos jurídicos particulares o seccionales, expresamente determinados por el Ordenamiento Jurídico, variando únicamente el alcance y la jerarquía de los instrumentos normativos derivados del ejercicio de dicha facultad.

Más aún, hay que recordar que la nueva Constitución confiere autonomía normativa, de manera expresa, al Consejo Nacional Electoral, en razón de que lo faculta para reglamentar las leyes electorales (art.

293, num. 1), y a la Fuerza Armada Nacional para reglamentar la ley relativa a la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de armas que no sean de guerra, municiones y explosivos (art. 324).

Por otra lado, es preciso destacar que de conformidad con el artículo 164, numerales 4 y 10 de la Constitución, los Estados poseen autonomía tributaria, e igualmente los Municipios, tal como aparece consagrado en los artículos 179, numerales 2 y 3 y el 180 ejusdem. También detentan autonomía financiera conforme a lo preceptuado en los artículos 164, numeral 3 (los Estados) y 168, numeral 3 (los Municipios), y autonomía organizativa de conformidad con los artículos 160 y 174 respectivamente. Además tienen autonomía financiera los Institutos Autónomos y los Servicios Autónomos sin personalidad jurídica, las Universidades Nacionales y el Banco Central de Venezuela, así como los siguientes órganos: el Tribunal Supremo de Justicia, la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional Electoral, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Asamblea Nacional.

Cabe finalmente advertir que la Constitución de 1999 confiere autonomía, bajo diversas denominaciones y conceptos a los Municipios (art. 16 y 168), a las iglesias (art. 59), a la administración cultural (art. 99), a las universidades (art. 109), a los Estados (art. 159), autonomía "orgánica y funcional" a las Contralorías Estadales (art. 163), "autonomía funcional, financiera y administrativa" al Tribunal Supremo de Justicia (art. 254), al Servicio de Defensa Pública (art. 268) "autonomía funcional, financiera y administrativa" a los órganos del Poder Ciudadano (art. 273), "autonomía funcional, administrativa y organizativa" a la Contraloría General de la República (art. 287), "autonomía funcional y presupuestaria e independencia orgánica" a los órganos del Poder Electoral (art. 294), "autonomía técnica, funcional y financiera" de la administración tributaria nacional (art. 317), y autonomía financiera, presupuestaria y funcional al Banco Central de Venezuela (art. 318 y 319).

Basta leer la transcripción anterior para percatarse que la Constitución no siguió lineamientos uniformes al conferirle autonomía a entes públicos territoriales y no territoriales (Banco Central de Venezuela), y a órganos del Poder Nacional (República), pues utiliza en casos de órganos similares adjetivos diferentes, e inclusive crea nuevas clases de autonomía, tales como "autonomía técnica", "autonomía orgánica" y "autonomía administrativa". Sin embargo, no entra en el plan de este capítulo el examen de esas categorías constitucionales de autonomía, pero sí lo haremos en el próximo, cuando corresponda estudiar los órganos con autonomía funcional, en el marco del tema dedicado a la Administración Central.

Es preciso hacer notar que la **Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001**, no contiene ninguna previsión que regule a la fórmula organizativa de la autonomía.

10.8. **La jerarquía.**

10.8.1. **Perfil histórico.** Las investigaciones de la doctrina indican que el origen de la jerarquía está, como muchas otras figuras e instituciones jurídicas, en el Derecho Canónico, en el que en un principio significaba el cuidado de las cosas sacras, y posteriormente el orden que en el gobierno de la Iglesia tenían los eclesiásticos según su grado de magisterio y de jurisdicción, o sea, la potestad ordenada por grados de personas eclesiásticas sobre cosas eclesiásticas (DIEZ 1963, DE VALLES 1931, GARCÍA TREVIJANO FOS, 1967 y MARIENHOFF,1964). Sin embargo, sostiene MARONGIU (1969), que pese a que esta figura ciertamente tiene su origen en el Derecho Canónico, en realidad no fue ese el modelo seguido por los Estados continentales modernos, en su organización administrativa, sino el del ordenamiento militar.

Fue pues la idea de orden o de grados la que se trasplantó ortodoxamente, o con matices, del modelo del ordenamiento militar a la organización administrativa de los Estados Modernos. Ha de recordarse,

como sostiene MARONGIU (1969), que la jerarquía militar está caracterizada "por su personalización, por la adhesión, casi totalmente a los titulares de los comandos, de tal manera que ella es esencialmente un principio ordenador de un 'cuerpo' organizado, más que de un conjunto de órganos constituidos abstractamente para el ejercicio de un poder". Esa es la concepción –reiteramos– que se va implantar en los Estados Modernos, en los cuales los empleados públicos van a constituir, siguiendo el aludido modelo, una especie de cuerpo organizado, ligado por una relación disciplinaria con una autoridad superior. En fin, se trata de un vínculo entre personas, y no entre órganos. De alguna manera este modelo de la subordinación jerárquica se mantuvo hasta el primer tercio del Siglo XX, inclusive llegó a ser un principio fundamental de la función administrativa, y sin dudas es el que todavía rige en el ordenamiento militar, en el cual como afirma BACHELET (1962), su disciplina comporta "una cadena de dependencia mediante la cual del comandante supremo se desciende hasta el soldado".

Ahora bien, la tendencia hacia la descentralización administrativa, la distribución de competencias, la más de las veces con carácter exclusivo, entre los órganos de los entes públicos, el predominio de la tesis de la vinculación positiva en la concepción del principio de legalidad, fueron los motivos más importantes que condujeron a superar ese basamento conceptual de la jerarquía, en virtud de que la subordinación jerárquica pasa de ser, como se dijo una relación, articulada en la potestad disciplinaria, entre el funcionario público y su superior (vínculo entre personas), a una relación de supra subordinación entre órganos administrativos (vínculo entre órganos), que es la que actualmente priva, con los matices que señalaremos más adelante.

10.8.2. **Noción conceptual**. La jerarquía es una figura organizativa de supra-subordinación que se instaura entre órganos de un mismo ente, o entre órganos que formen parte de un órgano complejo (Ministerio), siempre y cuando todos ellos detenten la misma competencia mate-

rial (identidad de competencia) , de tal manera que solamente pueda formarse una unívoca concepción acerca del interés público tutelado por dicho complejo orgánico. En criterio de ORTEGA ÁLVAREZ (1992), "...la jerarquía es un principio típico de toda organización administrativa que resalta el carácter vicarial de las Administraciones públicas, pues su falta de legitimación sociológica hace que deban actuar de acuerdo con las decisiones adoptadas en el vértice de la pirámide organizativa que es la que recibe la legitimación de las Asambleas Parlamentarias y quien responde ante ellas políticamente".

Es necesario puntualizar que la anterior definición de jerarquía cobra sentido, sólo si se admite que los órganos subordinados de la relación carecen de una propia y exclusiva esfera de competencia, en virtud de que la esfera del órgano superior comprende la de los subordinados, siendo precisamente esa homogeneidad competencial la que justifica los poderes del superior jerárquico, y los correspectivos deberes de obediencia del inferior. Estructuralmente la relación se corresponde con lo que una parte de la doctrina denomina ordenamiento jerárquico, que según DIEZ (1963) se trata de un sistema adoptado por el legislador, de distribución y ordenamiento de competencias, con la particularidad antes indicada de la inexistencia de una competencia propia y exclusiva de los órganos inferiores.

Por otra parte, es preciso advertir que aún subsiste la jerarquía como relación de dependencia personal, denominada por el autor antes citado como "relación jerárquica", concebida como una relación personal obligatoria entre el titular del órgano y el resto de los funcionarios que prestan servicios en ese órgano o dependencia, de tal manera, por ejemplo, que el Director de Contraloría Interna de un Ministerio, tiene un poder de mando sobre todos los funcionarios de esa Dirección, que origina un deber de obediencia debida de los mismos, que le permite dirigir su actuación en caso de que todavía no se haya realizado, y si se hubiere producido dicha actuación, modificarla, reorientarla y hasta anularla.

Ahora bien, planteada como "relación intraorgánica", la jerarquía puede instaurarse entre órganos centrales y órganos periféricos, por ejemplo, entre el Ministro y el Director Estadal del Ministerio, o entre órganos centrales, por ejemplo entre el Ministro y los Viceministros. Por supuesto que la relación de jerarquía no opera entre los órganos del Poder Judicial (Tribunales), cuya base esencial y existencial radica en la independencia, tal como lo preceptúan los artículos 254 y 256 de la Constitución.

10.8.3. **Poderes que caracterizan a la relación de jerarquía administrativa.** En el contexto de la definición de jerarquía, como fórmula organizativa intraorgánica, antes expuesta, la doctrina se ha encargado de identificar los poderes que corresponden al superior jerárquico, entre los cuales cabe mencionar: a) poder de impartir **órdenes**, las cuales consisten en la prescripción por el órgano superior de las modalidades de comportamiento a las que en el desarrollo de sus funciones deben ajustarse los órganos superiores. La doctrina coincide en que la orden es la expresión natural de la posición de mando implícita en la jerarquía, al punto que como sostiene SANTAMARÍA (1991) "no viene reconocida con carácter general en norma alguna. Por supuesto la regla general consiste en que el órgano inferior, en virtud del principio de obediencia debida está obligado a cumplir la orden emanada del superior." No obstante, la doctrina enseña que dicha regla admite excepciones, las cuales serán examinadas más adelante.

b) Poder de emanar **directivas**, con la finalidad de orientar y dirigir la actividad de los órganos inferiores. Es necesario precisar que las directivas son actos que tienen esencialmente un contenido programático, por cuanto aluden a los objetivos y a las metodologías que debe seguir el órgano inferior en el ejercicio de sus funciones, pero a diferencia de las órdenes no tienen carácter vinculante, razón por la cual también deben ser tomadas en consideración por los órganos subordinados, pero al mismo tiempo pueden desatenderlas, con la debida motivación, sin que ello constituya una causal de responsabilidad disciplinaria.

c) Poder de **dirimir los conflictos** de competencia, negativos o positivos, que se susciten entre los órganos subordinados; d) poder de **decisión de los recursos jerárquicos** que interpongan los interesados contra los actos emanados de los órganos subordinados, e) poder de **control** sobre los actos de los órganos inferiores, cuyo ejercicio puede conducir a la anulación de oficio o a la revocatoria de los actos emanados de los mencionados órganos, f) poder de **avocación y de sustitución**, los cuales se traducen, el primero en la asunción por parte del superior de la competencia para resolver un asunto determinado, del cual es titular el órgano inferior, y el segundo, en la asunción de la competencia, también por el órgano superior, de uno inferior cuando éste incumpla su deber de ejercerla. O sea, que a diferencia del poder de avocación, el ejercicio del de sustitución procede únicamente en caso de incumplimiento de sus competencias por parte del inferior, e) poder **disciplinario** sobre los titulares de los órganos inferiores, el cual opera cuando éstos incurren en cualesquiera de las causales expresamente tipificadas en el correspondiente ordenamiento, y h) poder de **delegación de sus competencias** en los órganos inferiores, siempre que el mismo aparezca expresamente previsto en una disposición legal.

10.8.4. **La crisis del concepto de jerarquía.** Como lo expusimos anteriormente esta fórmula organizativa que durante mucho tiempo jugó un rol fundamental en el desarrollo de la función pública, al punto que fue considerada como principio ordenador de la misma, en el primer tercio del siglo XX comenzó a ser cuestionada por la doctrina, y años más tarde su base conceptual sufrió una verdadera crisis, lo que obligó a su redimensionamiento. Efectivamente, la relación de dependencia personal que constituía la base de esta figura, tal como la explicamos precedentemente, comienza a perder su base de sustentación cuando se imponen las figuras de la descentralización y la desconcentración administrativa, lo que origina una Administración Pública estructurada en forma pluralista (múltiples órganos).

Pero para la imposición de estas fórmulas organizativas resultó necesario superar la "indiferenciación competencial" que privaba en una Administración fuertemente centralizada, en la cual el máximo jerarca además de tener atribuidas sus propias competencias, ostentaba además las competencias de todos los titulares de los órganos subordinados, configurándose de esa manera la aludida indiferenciación competencial, por supuesto que de arriba hacia abajo.

Ahora bien, esa superación sólo ocurrió cuando comenzó a realizarse la asignación de **competencias exclusivas**, y algunas veces hasta excluyentes a los órganos subordinados, concretándose de esa manera operacional el principio de legalidad administrativa. De modo, pues que cuando cada uno de los órganos "ope legis" tiene delineada su esfera de competencia exclusiva, en primer lugar, la jerarquía va a pasar de estar sustentada en la relación personal entre el máximo jerarca y los funcionarios subordinados, a estar basada en la relación entre órganos abstractos, que indudablemente van a tener titulares, pero el vínculo se va establecer entre los órganos como tales, y no entre el titular del máximo órgano y los titulares de los órganos subordinados.

Conviene advertir que la asignación de competencias entre los órganos tiene origen legal y hasta constitucional, de tal modo que al delinearse esa esfera de competencia exclusiva a un órgano subordinado mediante un instrumento legal, no resulta posible que el órgano superior despliegue el poder de impartirle órdenes con relación al ejercicio de esa competencia, porque el inferior detenta una potestad acotada legalmente, sobre la cual no puede incidir el máximo jerarca administrativo, salvo mediante los mecanismos de la avocación y la sustitución, los cuales como se ha dicho tienen un carácter excepcionalísimo.

Pues bien, si un órgano superior no puede impartirle órdenes, ni instruir a los órganos subordinados sobre las conductas que deben seguir en el ejercicio de sus competencias, queda claro que el concepto de jerarquía tal como lo hemos venido exponiendo, prácticamente se vacía de

contenido, razón por la cual algunos autores han pensado en predicar su extinción, y sustituirlo con el concepto de dirección, el cual estaría más a tono con una organización administrativa basada en la democracia y el pluralismo. No obstante, es necesario reconocer que pese a que esa es la orientación que se deriva de los ordenamientos jurídicos, que inclusive le otorgan carácter de reserva legal en forma amplia o restringida, según los casos, a la potestad organizatoria, por lo menos en nuestro país el peso de la jerarquía, como relación de dependencia personal, sigue siendo muy grande, pues si bien es cierto que en Venezuela rige plenamente el principio de la legalidad estricta de la competencia, no cabe duda que si un Ministro o un Viceministro llama a un Director General, que tiene asignada una competencia exclusiva en determinada materia, para que decida en cierto sentido, este funcionario no reivindicará el derecho a ejercer su competencia exclusiva, sino que acatará el llamado del jerarca, pues de lo contrario casi seguro será removido.

En fin, desafortunadamente todavía en la organización de la Administración Pública venezolana, no obstante estar vigente tanto constitucional como legalmente expresas disposiciones sobre la distribución o asignación de competencias entre los órganos que la integran, no existe una cultura que eleve a la jerarquía al concepto de relación intraorgánica entre órganos abstractos, y sigue predominando el concepto de relación de dependencia interpersonal. Hay que reiterar que la base normativa existe para predicar la vigencia del primer concepto, pero igualmente hay que reiterar, para evitar equivocaciones, que la relación de jerarquía pervive, como tal, entre el máximo jerarca de un órgano o dependencia, y todos los funcionarios subordinados que prestan servicios en dicha dependencia .

10.8.5. **Exclusión de ciertos órganos subordinados del ejercicio de los poderes que caracterizan a la relación de jerarquía.** Hay que registrar por otra parte que existen ciertos órganos subordinados que en atención a las funciones que realizan, o a su estructura organizativa, sobre los cuales el órgano superior no puede desplegar en todos o en algu-

nos casos ninguno de sus poderes, razón por la cual un sector de la doctrina sostiene que con relación a los mismos no resulta posible predicar relación de jerarquía alguna, y otro prefiere hablar de una "jerarquía debilitada". En ese orden de ideas se suelen mencionar aquellos órganos, como sostiene PARADA (1998), que han sido creados "con una cierta vocación de neutralidad en razón de que ejercen funciones consultivas o cuasijurisdiccionales, o actividades técnicas muy especializadas".

O sea, que en criterio del mencionado autor esa especie de autonomía funcional de los órganos subordinados, y contemporáneamente, la exclusión de los poderes del superior, radica en la necesaria independencia o especialidad con que deben actuar, lo que supone en estricto rigor, que su actuación debe estar preservada de la injerencia de órganos externos. En Venezuela, podrían calificarse como tales, en el marco de dicha tesis doctrinaria, los jurados de los concursos de oposición, y órganos con funciones denominadas cuasijurisdiccionales, como las Inspectorías del Trabajo, la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura, etc.

En esta misma línea de exposición merece una mención aparte el problema de la procedencia de la relación de jerarquía entre los órganos colegiados, ya que existe un sector mayoritario de la doctrina que la niega, sobre la base de que el poder más emblemático, el de impartir órdenes e instrucciones, pareciera que su ejercicio resulta improcedente entre este tipo de órganos, en virtud de que lesionaría la libertad de voto que tiene cada uno de los miembros del órgano colegiado considerado subordinado. Esa lesión se produciría, sin dudas, cuando se convoque al órgano para imponerle que mediante su "deliberación" adopte una decisión, derivada de una orden impartida por el otro órgano colegiado, la cual debe ser, atendiendo a la naturaleza misma de los órganos colegiados, la voluntad libremente expresada por los miembros del órgano; de allí entonces la razón que priva en el aludido sector doctrinario para pronunciarse negativamente sobre la jerarquía entre órganos colegiados.

En realidad la tesis expuesta sucintamente pareciera inobjetable desde el punto vista conceptual, porque en verdad carecería de todo sentido constituir un órgano colegiado, en el cual normalmente están integrados representantes de varios sectores relacionados con el interés público tutelado por dicho órgano, restringiéndole o conculcándole a sus miembros el derecho a expresar libremente su voluntad en la adopción de una o varias de sus decisiones. No obstante, como hemos repetido a lo largo de este libro, los principios doctrinarios más coherentes, racionales y consolidados ceden ante el Derecho positivo, razón por la cual resulta posible encontrar regulaciones que consagren la jerarquía entre órganos colegiados.

Lo que sí es importante hacer notar es que la tendencia hacia la plena vigencia del derecho fundamental al debido proceso, el cual también encuentra aplicación en sede administrativa, ha conducido a que normalmente se admita la procedencia del recurso jerárquico contra los actos emanados de los órganos colegiados. Ahora bien, por cuanto uno de los poderes del superior jerárquico alude precisamente a la resolución de los recursos jerárquicos interpuestos contra los actos de los órganos subordinados, podría inferirse que sí existe de manera general la relación de jerarquía entre órganos colegiados, mas tal inferencia resultaría errónea, pues si se admite la tesis de la inexistencia de la mencionada fórmula organizativa, sencillamente estaríamos en presencia, en aras de preservar la garantía del debido proceso, de un recurso jerárquico impropio, como lo denomina la doctrina, el cual consiste en impugnar el acto de un órgano administrativo inferior ante un órgano que no es su superior, tal como lo prevé en Venezuela la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en el caso de la impugnación de los actos de los máximos órganos de los Institutos Autónomos por ante los ministros de adscripción.

10.8.6. **La fórmula organizativa de la jerarquía en la Administración Pública venezolana.**

10.8.6.1. **La regulación normativa.** Es preciso advertir que el ordenamiento jurídico carece de una disciplina completa sobre la jerar-

quía y mucho menos la poca regulación existente contiene una salida a la crisis de esta figura derivada de la asignación de competencias a los órganos subordinados, bien de manera natural o mediante la desconcentración administrativa, quedando a cargo del intérprete la tarea de esbozar una tesis que concilie esos dos aspectos, en el sentido tal vez de avanzar hacia una "jerarquía debilitada" intraorgánica, sobre la base de la exclusión de la esfera del jerarca del poder de impartir órdenes en aquellos casos en que los órganos subordinados tengan atribuida en forma expresa una competencia exclusiva. Pues bien, teniendo en cuenta la situación antes descrita, pasamos a transcribir y examinar sucintamente los principales esquemas normativos que regulan a la jerarquía en la Administración Pública venezolana, a saber los artículos 28, 43, 47, y 90 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

> *Art. 28 "Los órganos de la Administración Pública estarán* ***jerárquicamente ordenados*** *y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de* ***inferior jerarquía*** *estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva..."* (énfasis añadido).

> *Art. 43. "Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados mediante* ***instrucciones y órdenes****..."* (énfasis añadido).

> *Art. 47 "El Presidente o Presidenta de la República en su carácter de Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional* ***dirige la acción del gobierno y de la Administración Pública Central****..."* (énfasis añadido).

> *Art. 90. "(...) El ministro o ministra o jefe o jefa de la oficina nacional ejercerá* ***el control jerárquico sobre los órganos desconcentrados****..."* (énfasis añadido).

Por otra parte, el artículo 28, ordinal 2º, de la Ley de Carrera Administrativa, preceptúa en relación con la jerarquía:

"Sin perjuicio de los deberes que impongan las leyes y reglamentos especiales, los funcionarios públicos están obligados a:

1º) Omissis

2º) Acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos que dirijan o supervisen la actividad del servicio correspondiente, de conformidad con las especificaciones del cargo que desempeñen;"

La lectura de los dispositivos transcritos, especialmente los de la Ley Orgánica de la Administración Pública, revela la intención de dicho texto legislativo de consagrar a la jerarquía administrativa como una relación entre órganos abstractos, y no como una relación de carácter personal, pues así se desprende del artículo 28 de la mencionada ley, cuando expresa "Los órganos de la Administración Pública estarán jerárquicamente ordenados y relacionados", pero a la vez ese mismo dispositivo monta esa organización jerárquica sobre la base de la atribución de competencias a los distintos órganos, principio este que aparece categóricamente desarrollado en los artículos 4 y 26 ejusdem, que establecen respectivamente el principio de legalidad administrativa, y que la competencia que le es atribuida a los órganos será de obligatorio cumplimiento, **indelegable, irrenunciable e improrrogable**.

Por otra parte, el artículo 43 señala claramente que los órganos superiores podrán ejercer su poder jerárquico mediante instrucciones y órdenes, lo que pone de manifiesto la intención de la ley de consagrar a la figura de la jerarquía en sentido amplio, pues como se sabe la orden es la pieza clave, o la mejor expresión de la potestad de mando. El artículo 47 resulta emblemático de la jerarquía, porque coloca al Presidente de la República en el vértice de la Administración Pública Nacional, o mejor

dicho lo erige en máximo jerarca de esa rama de la Administración. Y finalmente el artículo 90 establece que corresponde al Ministro o al Jefe de la Oficina Nacional ejercer el control jerárquico sobre los órganos desconcentrados.

De modo, pues, que un examen somero de los mencionados dispositivos conduce a sostener que el legislador trazó un diseño de la figura bajo examen, atendiendo a las variables antes mencionadas, las cuales han conducido a la doctrina de otros países a propugnar las tesis de la sustitución de la jerarquía por la dirección, y de la "jerarquía atenuada". Sin embargo, la normativa resulta contradictoria porque por una parte al colocar el acento sobre la dirección, y sobre especiales formas de ejercicio del control jerárquico sobre los órganos desconcentrados, pareciera orientarse hacia la consagración de la "jerarquía atenuada", pero por la otra, al consagrar a la figura de la orden como instrumento de ejercicio de la potestad jerárquica por los órganos superiores sobre sus inferiores, irrespetando de esa manera la competencia exclusiva que se les ha asignado mediante ley, pareciera mantenerse la tesis clásica de la jerarquía.

Estimamos que pese a la fundamentación teórica que puede derivarse de la mayoría de los artículos de la LOAP acerca de la jerarquía atenuada, todavía sigue privando, como lo expusimos precedentemente, en la Administración Pública venezolana, el concepto original de jerarquía, es decir, el basado en la relación personal entre los titulares de los órganos, y en la correspondiente impartición de órdenes e instrucciones, y que seguramente se requerirá bastante tiempo, pero sobre todo mucha cultura jurídica, para lograr la plena aplicación de la referida tesis legal, manteniéndose de esa manera un paralelismo entre la norma formal y la norma real, el cual tiene mucho que ver con la carencia de una verdadera burocracia (profesionales y técnicos verdaderos de la Administración Pública), que vaya más allá de los cambios de gobierno, y de la tendencia a aumentar geométricamente la categoría de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. En todo caso registrar el sentido moderno del concepto de jerarquía que puede derivarse de varios artículos de la

LOAP, resulta útil no sólo desde el punto de vista académico, sino también desde el punto de vista forense, en razón de que sería el que debería privar, por ejemplo, en una controversia de tipo funcionarial.

En fin, haciendo abstracción del paralelismo antes señalado, de todas maneras hay que admitir que la Administración Pública, y concretamente la Nacional Central se articula organizativamente atendiendo al principio de jerarquía administrativa, e igualmente la estructura de los entes públicos que conforman a la Administración Descentralizada funcionalmente; por tanto, de conformidad con el artículo 28 de la LOAP cabe concluir que el principio de jerarquía también servía de base a la organización de esa rama de la Administración Pública Nacional, aún antes de que fuese sancionado este último texto legislativo, pues para llegar a tal conclusión bastaba analizar el Capítulo relativo a la estructura organizativa de los entes públicos que integran esa rama de la Administración Nacional, en cada una de las leyes que los crean, o de los reglamentos de las mismas, para percatarse que siempre –explícita o implícitamente– dicha estructura aparecía fundamentada en el principio de jerarquía.

A mayor abundamiento, cabe precisar que el artículo 6º, ordinal 3º, de la Ley de Carrera Administrativa, conduce a pensar que el legislador da por sentado que el mencionado principio resulta connatural a la organización de la Administración Descentralizada, en virtud de que al enumerar los órganos facultados para ejercer la competencia en materia de administración de personal en la Administración Pública Nacional, se refiere en tercer lugar a las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, pues al utilizar el término "máximas", debe interpretarse que la organización de cada uno de esos organismos autónomos es piramidal, esto es, fundamentada en el principio de jerarquía administrativa.

Por último, cabe señalar que el antes transcrito esquema normativo de la Ley de Carrera Administrativa (28, ordinal 2°) más que aludir al

concepto de jerarquía en los términos antes señalados, se refiere a la relación de supra subordinación que se instaura entre el máximo titular de un órgano o dependencia y los funcionarios adscritos a la misma, que da origen al concepto de obediencia debida que estudiaremos más adelante. De modo, pues que el dispositivo en comento se refiere a una expresión de la relación de jerarquía, mas no a la jerarquía misma.

10.8.6.2. **Poderes en que se desagrega el poder jerárquico en la Administración Pública venezolana (efectos de la jerarquía).** Como se expresó anteriormente, la relación de jerarquía es de supra-subordinación orgánica, lo que revela un poder de mando del superior sobre el inferior, el cual a su vez se desagrega en las facultades o potestades, que a continuación pasamos a examinar sucintamente en el ordenamiento jurídico venezolano.

a) El poder de dirección. Como señalamos antes, los artículos 28 y 43 de la LOAP establecen de manera general que corresponde a los órganos superiores dirigir la actividad de los órganos inferiores, esto es, emanar **directivas**, con la finalidad de orientar y dirigir la actividad de los órganos inferiores. Estos son actos que aluden a los objetivos y a las metodologías que debe seguir el órgano inferior en el ejercicio de sus funciones, y a diferencia de las órdenes, no tienen carácter vinculante, motivo por el cual también deben ser tomadas en consideración por los órganos subordinados, pero al mismo tiempo pueden desatenderlas, con la debida motivación, sin que ello constituya una causal de responsabilidad disciplinaria. El poder de dirección de los órganos superiores encuentra una mayor concreción en el artículo 76, numeral 2 ejusdem, que establece las competencias comunes de los Ministros con Despacho. Hay que añadir que ese poder de dirección además lo ejercen los órganos superiores, conforme a lo preceptuado en el artículo 43, mediante órdenes e instrucciones.

b) La potestad de delegar funciones. Conforme a lo preceptuado en el artículo 34, de la LOAP, el Presidente de la República, el Vicepre-

sidente Ejecutivo, los Ministros, los Viceministros, los Gobernadores, los Alcaldes y los superiores jerárquicos de los entes que conforman a la Administración descentralizada funcionalmente en los distintos niveles territoriales, están facultados para transferir unilateralmente el ejercicio de algunas de las competencias que las leyes les atribuyen, a los órganos inferiores inmediatamente bajo su dependencia. El artículo 38 ejusdem contempla la figura de la delegación de firma por parte de los mismos órganos antes enumerados en funcionarios bajo la dependencia de los titulares de dichos órganos. Por supuesto, que también la delegación de firma tiene carácter unilateral. Precisamente el efecto de la jerarquía se revela, en este caso, en que el superior adopta unilateralmente la decisión de delegar la competencia o la firma, teniendo el titular del órgano inferior el deber de acatarla, sin poder formular ningún tipo de reparo u objeción. Por último, como hemos dicho precedentemente, también puede el órgano superior **avocarse** a conocer un asunto determinado que entra en la esfera de competencia del inferior, tal como aparece preceptuado en el artículo 41 de la LOAP, o **sustituirlo** cuando no ejerza sus competencias, pero hay que dejar constancia que esta última facultad no está prevista en el ordenamiento jurídico venezolano.

c) La potestad de resolver conflictos de competencia. Como expusimos en páginas anteriores, entre órganos de un órgano complejo, o entre entes públicos, se pueden suscitar conflictos de competencia de conocer o de no conocer, los cuales deben ser resueltos por el máximo jerarca, tal como lo regula el artículo 44 de la LOAP, así como los artículos 226 y 23, num. 2, de la Constitución vigente, cuando el conflicto es entre dos institutos autónomos adscritos a Ministerios distintos, o entre órganos complejos (Ministerios), casos en los cuales corresponde su resolución al Presidente de la República, de conformidad con los preceptos constitucionales antes citados y el artículo 47 de la LOAP, de los cuales se desprende que el Presidente es el máximo jerarca de la Administración Central y Descentralizada funcionalmente a nivel nacional.

d) La potestad de resolver los recursos administrativos que se interpongan contra los actos de los órganos subordinados. Esta es una expresión de la potestad general de control que encuentra su desarrollo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), la cual consagra el derecho a los administrados a impugnar, en sede administrativa, los actos emanados de la Administración Pública, que los afecten en sus intereses legítimos o en sus derechos subjetivos. Conforme al artículo 76, numeral 19, de la LOAP, corresponde a los Ministros, como máximos jerarcas de la organización que dirigen, "Resolver los recursos administrativos que les corresponda conocer y decidir de conformidad con la ley". Cabe precisar que en realidad sobre la base de este poder, los Ministros deben resolver el recurso mal denominado jerárquico (art. 95 LOPA), puesto que no siempre se interpone ante el superior del órgano que dictó el acto impugnado, y declaró sin lugar el recurso de reconsideración, si fuere el caso, sino ante la máxima autoridad del Ministerio (el Ministro), y el recurso de revisión (art. 97 LOPA), pues cuando el Ministro decide el de reconsideración, no lo hace en función de ser la máxima autoridad jerárquica del Ministerio, sino en su condición de titular del órgano que emanó el acto impugnado mediante el referido recurso.

Igualmente, los Ministros, en su condición de máximos jerarcas, deben decidir el denominado "recurso jerárquico impropio", que es aquel que se intenta contra las decisiones de los órganos superiores de los Institutos Autónomos (resolutorias de recursos jerárquicos intentados contra órganos subalternos de dichos Institutos), por ante los respectivos Ministros de adscripción (art. 96 LOPA). Igualmente corresponde al máximo jerarca, ejercer la potestad revocatoria (art. 82 LOPA) y la potestad anulatoria (art. 83 LOPA).

e) La potestad de administrar personal. Conforme a lo preceptuado en los artículos 6 y 36 de la Ley de Carrera Administrativa, la competencia para administrar el personal de la Administración Pública Nacional, corresponde al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho

y a las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, destacándose dentro de los actos que en ejercicio de ese poder emanan dichos jerarcas, los de designación o nombramiento y los de remoción y destitución. Conviene aclarar que la remoción se diferencia sustantivamente de la destitución, porque ésta es una sanción disciplinaria, o dicho de otra manera, un castigo que comporta la separación del funcionario de los cuadros de la Administración, por haber incurrido en una o varias de las causales delineadas en el artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa.

En cambio, la remoción es un acto que tiende, en el caso de los funcionarios de carrera (art. 3º LCA), a la ruptura, por voluntad unilateral de la Administración, de la relación de servicio instaurada entre ésta y dichos funcionarios, la cual únicamente se producirá si las gestiones reubicatorias realizadas durante el período de disponibilidad resultan infructuosas, previa emanación del acto de retiro. Cuando los funcionarios son de libre nombramiento y remoción (art. 4º LCA), entonces esta última constituye de una vez la ruptura de la relación de servicio, o mejor dicho, la separación del empleado de la Administración, pues no se concede período de disponibilidad alguno. O sea, que en este caso, la remoción tiene los mismos efectos del retiro.

f) La potestad disciplinaria. El ejercicio de este poder, en lo atinente a la imposición de sanciones, también se corresponde con el principio de la jerarquía, pues si bien no está monopolizado por el máximo jerarca, como ocurre con las anteriores potestades, de todas maneras la sanción más grave (destitución), es de la exclusiva competencia del Ministro o de la máxima autoridad directiva o administrativa del Instituto Autónomo, y las otras previstas en la Ley de Carrera Administrativa: amonestación verbal, amonestación escrita y suspensión con o sin goce de sueldo (art. 58 LCA), las impone el superior inmediato (art. 59), o el funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento al cual pertenezca el empleado sancionado (art. 60).

La enumeración de los poderes en que se desagrega la relación de jerarquía está en sintonía con la tesis que expusimos cuando analizamos los correspondientes dispositivos de la LOAP, razón por la cual debe añadirse el poder de dictar órdenes e impartir instrucciones, que como hemos dicho es el que refleja de manera casi natural a la jerarquía, pues recordamos que el artículo 43 del mencionado texto legislativo asocia ese poder a la fórmula organizativa bajo estudio, así como el de control y el de dirección. Los otros que aparecen incluidos en la lista resultan de la armonización del referido concepto de jerarquía, con los principios sentados por el Derecho Comparado, y con las expresas disposiciones legales que le sirven de fundamento. En todo caso lo más importante de destacar es que la adición de esos poderes no desnaturaliza la concepción recogida en la Ley.

10.8.7. **La subordinación como expresión emblemática de la relación de jerarquía.** Es preciso iniciar el desarrollo de este acápite advirtiendo que si bien la subordinación es la base de la jerarquía concebida entre órganos abstractos, no es menos cierto que cuando ella pasa a ser una "jerarquía atenuada", porque en lo atinente al ejercicio de las competencias de los órganos superiores, resulta excluido el poder de dictar órdenes o instrucciones, dicha figura organizativa aparece matizada; en cambio, mantiene toda su potencialidad jurídica, cuando de lo que se trata es de la relación que se establece entre el titular del órgano, en su carácter de máximo jerarca del mismo, y los funcionarios o agentes públicos que prestan sus servicios, que inclusive también se configura entre los titulares del órgano superior y el inferior, en aquellas actividades que no entran en la esfera de competencia exclusiva de este último, o sea, en aquella zona denominada de "indiferenciación competencial".

Ahora bien, en el marco de la exposición anterior, la doctrina ha sostenido que el poder de dirección en términos generales, y de dictar órdenes e impartir instrucciones, en términos específicos, que detenta el superior jerárquico se corresponde con el deber de "obediencia debida" del inferior, el cual es conocido doctrinariamente como subordinación.

Hace ya bastante tiempo que en doctrina fue superada la discusión entre subordinación absoluta y subordinación relativa o limitada, desestimándose la consagración legislativa y doctrinaria de la primera, debido a que implicaba la desaparición de la voluntad del subordinado, el cual pasaba a ser un instrumento de la voluntad ajena, dando lugar a la irresponsabilidad del inferior cuando ejecutaba órdenes ilegales. En la subordinación relativa existen límites establecidos por el legislador que permiten al inferior desobedecer la orden del superior sin que ello configure la denominada insubordinación, la cual en casi todos los ordenamientos funcionariales constituye una causal de destitución.

En nuestro país la subordinación u obediencia debida aparece consagrada, en los términos antes expuestos, en el artículo 28, ordinal 2º, de la Ley de Carrera Administrativa, que preceptúa:

> *"Sin perjuicio de los deberes que impongan las leyes y reglamentos especiales, los funcionarios públicos están obligados a:*
>
> *1º) Omissis*
>
> *2º) Acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos que dirijan o supervisen la actividad del servicio correspondiente, de conformidad con las especificaciones del cargo que desempeñen".*

Del dispositivo transcrito se colige que la obediencia que deben los funcionarios públicos a sus superiores encuentra un límite objetivo establecido en la Ley: las especificaciones del respectivo cargo, esto es, el conjunto de obligaciones, responsabilidades y tareas típicas de una clase de cargo determinado, las cuales aparecen enumeradas o descritas en el Manual Descriptivo de Cargos. Por tal razón el subordinado estará obligado a obedecer al superior sólo si la orden está relacionada directamente con las especificaciones del cargo. Así por ejemplo, si el Director General de un Ministerio ordena a un funcionario que ocupa

el cargo de Contador I, que proceda a mecanografiar un documento, éste puede desobedecer dicha orden por no estar incluida dicha tarea en el Manual Descriptivo de Cargos, dentro de las especificaciones de dicho cargo, sin que esa conducta pueda llegar a calificarse de insubordinación conforme a lo establecido en el artículo 62, ordinal 2º de la Ley de Carrera Administrativa (causal de destitución).

Pero además existe otro límite de carácter orgánico: la orden tiene que ser impartida por el superior jerárquico que dirija o supervise la actividad o el servicio correspondiente. Así, si la orden emana del Jefe de la División Tránsito Terrestre del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, para un funcionario que ocupe el cargo de Contador en otra División del mismo Ministerio, éste no estará obligado a obedecerla y tampoco se configurará la insubordinación.

La situación cambia radicalmente cuando la orden emana del superior jerárquico que dirige el servicio, y además está estrechamente relacionada con las especificaciones del cargo que ejerce el subordinado, pero éste la considera evidentemente ilegítima o ilegal. En algunos Ordenamientos Extranjeros (Italia) tal situación se resuelve concediéndole al subordinado el derecho a "protestar" dicha orden, quien para ejercer el aludido derecho debe poner en conocimiento del superior las razones por las cuales, según su criterio, la orden no puede ser ejecutada por ilegítima, pero igualmente esos Ordenamientos suelen consagrar en favor de la Administración, o mejor dicho, del superior jerárquico al cual le es protestada una orden, el poder de "reiteración", en cuya virtud éste queda facultado para, una vez oído los argumentos del inferior acerca de la ilegitimidad de la orden, reiterársela por escrito, debiendo éste cumplirla, so pena de incurrir en insubordinación, mas la obediencia o cumplimiento de la orden que le ha sido "reiterada" lo exonera de responsabilidad.

La tesis expuesta luce acertada desde el punto doctrinario, mas para su aplicación requiere que esté expresamente prevista en una dispo-

sición del Ordenamiento Jurídico, que no es el caso de nuestro país, pues ya vimos los términos en que aparece consagrada la subordinación en la Ley de Carrera Administrativa, así como los límites establecidos por dicho texto normativo, sin que en el correspondiente dispositivo se confiera al funcionario inferior su derecho a protestar las órdenes ilegales. No obstante, cabe precisar que de manera excepcional la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público recoge, en su artículo 37, la referida tesis, la cual pasamos a examinar.

10.8.8. **La obediencia debida en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP) y su eventual colisión con el artículo 25 de la Constitución.** Establece el artículo 37 de la LOSPP:

> *"Ningún funcionario público será relevado de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden de funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos u otros bienes de que sea responsable,* ***salvo que compruebe haber advertido por escrito la ilegalidad de la orden recibida.*** *El funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo y sin perjuicio de la responsabilidad del superior jerárquico que impartió la orden."* (énfasis añadido).

De la lectura del dispositivo transcrito se desprende el derecho que tiene el inferior jerárquico de advertir por escrito la ilegalidad de la orden recibida, así como la facultad del superior de reiterar la orden, quedando el primero obligado a ejecutarla, so pena de incurrir en insubordinación, en cuyo caso resulta relevado de responsabilidad. Sin embargo, algunos penalistas consideraron durante la vigencia de la Constitución de 1961 que la disposición en comento colidía con el artículo 46 de dicho texto constitucional, que fue repetido en términos idénticos en el artículo 25 de la Constitución de 1999, salvo la supresión, porque en criterio de los

constituyentes resultaba redundante, de la frase "manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes". En ese orden de ideas cabe recordar que el citado dispositivo de la Constitución derogada preceptuaba:

> *Art. 46 "Todo acto del Poder Público que* ***viole*** *o* ***menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución*** *es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes."* (énfasis añadido).

Y el artículo 25 de la vigente estatuye:

> *Art. 25 "Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que* ***viole*** *o* ***menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley*** *es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores."* (énfasis añadido).

De los preceptos transcritos se observa la casi identidad literal de los mismos, salvo la supresión de la antes mencionada frase; por tanto, consideramos que se mantiene, dada la vigencia parcial de la LOSPP, la discusión sobre la eventual incompatibilidad entre el transcrito artículo 37 del aludido texto legal, y el ahora artículo 25 de la Constitución. En la discusión doctrinaria que se suscitó en esa oportunidad ARTEAGA SÁNCHEZ (1992), al esgrimir la tesis de la configuración de la inconstitucionalidad de la norma, sostuvo:

> *"...Esta excepción, como ya observamos durante el período de formación de la Ley, no cabe dentro de nuestro ordenamiento y choca con lo estipulado en el artículo 46 de la Constitución, según el cual no sirven de excusa a los funcionarios*

> *'órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes', imponiéndose por tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, del funcionario y asimismo de quien dio la orden. No hay en Venezuela obediencia ciega, ni debe, en ningún caso, por ello, un subalterno obedecer una orden manifiestamente contraria a la Constitución y las leyes".*

En esa oportunidad disentimos de la tesis interpretativa del mencionado autor, en primer lugar, porque le otorgaba un carácter absoluto a la especie de responsabilidad penal, civil y administrativa objetiva configurada en el artículo 46 de la Constitución derogada, 25 de la vigente, el cual si se atiende medianamente a las reglas hermenéuticas contenidas en el artículo 4 del Código Civil, no es posible derivar del mencionado dispositivo constitucional. En efecto, el referido carácter absoluto se concretizaría en la prohibición de exoneración de responsabilidad a los funcionarios públicos, cuando éstos aleguen haber recibido órdenes superiores. Dicha tesis sería perfectamente válida si se obviara que esa consecuencia (especie de responsabilidad objetiva) tiene una causa en el mismo dispositivo constitucional: los actos emanados de funcionarios públicos **que violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución** (todos los consagrados en el Título III).

Por consiguiente, única y exclusivamente en ese caso resultará aplicable el dispositivo constitucional, mas en todos aquellos otros en los cuales no se trate de la violación o menoscabo de un derecho constitucional resultará inaplicable. En concreto, el error hermenéutico del citado autor radica en no vincular la consecuencia de la norma con su supuesto de hecho, y derivar su tesis únicamente de la primera, lo que lógicamente conduce a otorgarle ese carácter absoluto, o sea, a predicar que la regla de inexcusabilidad del funcionario basado en el cumplimiento de órdenes superiores, sería válida para todos los casos, aun cuando la orden esté referida a la ejecución de un acto que no resulte violatorio de un derecho consagrado en la Constitución, como por ejem-

plo, en el caso de que sea ilegal, y el agente que la ejecute advierta a su superior acerca de su ilegalidad.

Cabe traer a colación, en virtud de que el precepto constitucional se mantuvo inmodificado, los antecedentes del artículo 46 en la Constitución de 1961, los cuales apuntaban claramente hacia la tesis de que la prohibición constitucional de exoneración de responsabilidad del ejecutor de la orden cuando se alegase el cumplimiento de órdenes superiores, operaba únicamente cuando se trataba de actos que menoscabasen o violasen los derechos garantizados por la Constitución. En efecto, su redacción original, repetida en la Carta Constitucional vigente, se debe a una proposición formulada en la sesión de la Cámara de Diputados del 24 de octubre de 1960, por el Diputado García Ponce, en el sentido que se agregara al artículo del Proyecto la frase "y no les servirá de excusa el haber cumplido órdenes superiores". A dicha proposición se sumó el Diputado J. M. Casal, quien señaló en esa ocasión: " ...esta disposición llenaría a cabalidad uno los objetivos fundamentales, cual es el de evitar que funcionarios públicos subalternos, valiéndose precisamente de ese principio de obediencia en virtud de la jerarquía, traten de atropellar a sabiendas de que están violando de manera expresa la Constitución y **sobre todo los derechos individuales garantizados en ella**" (énfasis añadido).

De este modo, queda claro, pues, que esa era y sigue siendo la "intención del constituyente", y añadimos, que actualmente también la de la Constitución de 1999. Por tanto, resultaría erróneo pretender derivar de la consecuencia de ese dispositivo, una regla aplicable a todos los casos en que un funcionario ejecute una orden ilegal de un superior, después de habérselo advertido por escrito. Dicho en otros términos: que aun cuando ejecute la orden, debido a la reiteración emanada del superior, de todas manejas el agente ejecutor incurriría en responsabilidad.

Los argumentos expuestos anteriormente bastan, en nuestro criterio, para rechazar la pretendida inconstitucionalidad del artículo 37 de la

LOSPP, pues, es inconcuso que la ejecución de una orden de un pago indebido por parte de un funcionario subalterno, no constituye una violación o menoscabo de ninguno de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución. Por consiguiente, si antes de ejecutarla advierte por escrito al superior jerárquico que se la impartió, acerca de su ilegalidad, y éste se la reitera, entonces opera la exoneración responsabilidad contenida en el artículo 37 de la LOSPP, el cual resultaba totalmente compatible con el artículo 46 de la Constitución derogada y ahora con el 25 de la vigente, y con los principios que rigen esta materia en el Derecho Comparado.

Por otro lado, es preciso destacar que de aceptarse la validez de la tesis de Arteaga, seguramente se suscitarían serios conflictos en el funcionamiento de la Administración Pública, pues cualquier inferior jerárquico estaría legitimado constitucionalmente para desobedecer la orden que le imparta el superior, cuando considere que la misma es ilegal, alegando que no será exonerado de responsabilidad ni aun en el caso de que el superior se la reitere, lo que objetivamente lo colocará en una situación de insubordinación, con las consecuencias previstas en la Ley. Esta situación se tornaría más grave aún si se toma en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico no existe una disposición de carácter general que permita el examen de la orden por el subordinado, así como la reiteración de la misma por el superior, pues la contenida en el artículo 37 de la LOSPP tiene un carácter excepcional, razón por la cual resulta sumamente discutible la posibilidad de su aplicación analógica.

10.8.9. **El principio de jerarquía y la excepción a la obediencia debida en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.** El primer aparte del artículo 28 de la LOAP prescribe:

> *"...El incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable di-*

> *cho incumplimiento,* ***salvo lo dispuesto en el artículo 8 de esta Ley****"* (énfasis añadido).

Por cuanto el dispositivo transcrito delinea en el marco de la jerarquía el principio de la obediencia debida, pero a la vez mediante la técnica del reenvío al artículo 8 ejusdem, contempla la excepción a dicho principio, y en virtud de que antes examinamos sucintamente dicha excepción a la luz de las leyes de Carrera Administrativa y Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, nos corresponde analizar, también en forma resumida, el mencionado precepto que prescribe:

> *Art. 8 "Todos los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución.*
>
> *Los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública incurren en responsabilidad civil, penal o administrativa, según el caso, por los actos de Poder Público que ordenen o ejecuten y que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores".*

Es necesario hacer notar que hasta la segunda discusión del Proyecto el dispositivo estaba concebido en los siguientes términos:

> *"Todos los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución. En consecuencia, si observan que una ley, reglamento, disposición normativa, acto administrativo u orden superior, viola o menoscaba los derechos garantizados por la Constitución, deberán, motivando por escrito tal circunstancia, abstenerse de aplicarla o ejecutarla so pena de incurrir en responsabilidad, penal, civil, administrativa , según el caso, de conformidad con la ley.*

El funcionario público o funcionaria pública remitirá la motivación escrita a que se refiere el párrafo anterior a la autoridad u órgano del Poder Público del cual haya emanado la ley, reglamento, disposición normativa, acto administrativo u orden que considere contrario a los derechos garantizados en la Constitución para que dicha autoridad tome nota de la misma y presente sin dilación ni excepción alguna, el recurso correspondiente ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, según el caso...

Ningún funcionario público o funcionaria pública será sancionado por aplicar preferentemente la Constitución con el fin de salvaguardar los derechos garantizados por ella".

La modificación tuvo su origen en la proposición de un Diputado en el curso de la segunda discusión, quien la motivó así: "Estamos proponiendo una modificación en la redacción del artículo 8° que es el **control difuso** que pretendemos que quede acorde con los artículo 7° y 25° de la Constitución, dado que la regulación concreta un mecanismo que desarrolla el artículo 25 de la Constitución corresponde a una ley de la función pública o cualquier otro régimen funcionarial." (sic).

En realidad buscarle un hilo conductor a este dispositivo de la LOAP resulta bastante difícil, y se dificulta mucho más cuando se lee el Diario de Debates que recogió las intervenciones de los Diputados durante la segunda discusión de la Ley, ya que no llegamos a entender cuál fue la razón que privó en ellos para pretender regular en la Ley Orgánica de la Administración Pública **el control difuso de la constitucionalidad**, que por lo demás está claramente disciplinado en los artículos 334 y 336, numeral 10 de la Constitución, así como en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Si esa fue la idea que en realidad tuvieron en mente los legisladores hubiera sido preferible suprimir el artículo, puesto que esa es una competencia exclusiva y excluyente de los órganos judiciales,

lo que no significa que atendiendo al principio de jerarquía normativa que preside nuestro ordenamiento jurídico, una autoridad administrativa esté impedida de aplicar preferentemente una disposición constitucional o legal, pero evidentemente que esa es una situación distinta al control difuso de la constitucionalidad.

En todo caso debe quedar claro que el mencionado control difuso de la constitucionalidad está absolutamente desvinculado de la posibilidad de consagrar una excepción –en términos generales– al principio de obediencia debida derivado del principio general de jerarquía contemplado expresamente en el artículo 28, pues es a esa excepción a la que remite dicho artículo, cuando expresa categóricamente "salvo lo dispuesto en el artículo 8".

Ahora bien, la primera versión del artículo 8 que por razones didácticas hemos transcrito, ciertamente consagraba la referida excepción, pero de una manera que atentaba contra el funcionamiento de la Administración Pública, ya que si bien su fundamentación radicaba en la preservación de los derechos constitucionales, la inaplicación de un acto normativo o el incumplimiento de una orden de un superior, se ponía a depender única y exclusivamente de la voluntad de cualquier funcionario, pues bastaba con que el agente público considerara que el instrumento normativo, acto o norma resultaba violatorio de un derecho constitucional, para que "ope legis" quedase legitimado para desaplicarlo o incumplirlo, sólo con exponer "su motivación" sobre la inconstitucionalidad.

Por otra parte, tal como aparecía concebido el esquema normativo, la "motivación" del funcionario creaba una obligación de impugnación para el superior jerárquico, o el autor del acto, quien a su vez quedaba legitimado, también por obra de la ley, para interponer el correspondiente recurso ante el órgano jurisdiccional competente; además de que una ley esencialmente organizativa facultaba a todo funcionario público, para que a su leal saber y entender, **inaplicase una disposición legal**.

Afortunadamente la versión original fue rechazada, por cierto sobre la base de la motivación antes expuesta (control difuso de la constitucionalidad), no obstante ese rechazo al parecer condujo a que los legisladores perdieran de vista la finalidad que se perseguía con la norma, conforme a lo preceptuado en el artículo 28, que erige a la obediencia debida como uno de los principios básicos de la jerarquía, que no era otra, como hemos dicho, que consagrar una excepción –en términos generales– a dicho principio, tal como aparece recogida puntualmente en el artículo 37 de la LOSPP, la cual no necesariamente debía estar vinculada con el artículo 25 constitucional.

Quizás por esa razón (olvido de la finalidad de la norma) se limitaron única y exclusivamente a parafrasear –no a desarrollar el mencionado artículo 25 de la Constitución–, que por cierto pareciera que no requiere desarrollo, porque está vinculado a la violación de los derechos constitucionales, y a la inexcusabilidad de la conducta del funcionario basada en órdenes superiores, o sea, a la configuración de una excepción constitucional a la obediencia debida en términos absolutos, pero válida únicamente en caso de violación de derechos constitucionales.

En realidad, el ámbito de aplicación de la norma exigida por el artículo 28 de la LOAP (excepción al principio de obediencia debida) debía estar constituido por órdenes ilegales o inconstitucionales impartidas a funcionarios subordinados, que no tuvieran su origen en violación de derechos constitucionales, y podía o debería haber seguido el modelo vigente de la mayoría de los países, antes explicado, que consiste en la reiteración de la orden cuestionada por el inferior, para que éste quede obligado a cumplirla, y exonerado de responsabilidad, so pena de que su incumplimiento quede encuadrado en la causal de insubordinación. Por supuesto que si se demuestra la inconstitucionalidad o ilegalidad de la orden, entonces la responsabilidad recae sobre el superior que la impartió. Insistimos en que la disposición excluiría, por mandato constitucional, los casos de violación de los derechos constitucionales en los términos indicados, pues la Constitución tipifica claramente una excepción al prin-

cipio de obediencia debida, inclusive sin necesidad en algunos casos de notificar al superior la decisión de desobedecer, por ejemplo cuando un agente policial recibe la orden del superior de torturar a un ciudadano, y obviamente tampoco opera en ese caso el mecanismo de la reiteración de la orden, como causal de exención de responsabilidad.

En fin, queda claro que la disposición del artículo 8 de la LOAP no consagra ninguna excepción al principio de obediencia debida, porque se limita solamente a repetir el artículo 25 de la Constitución, razón por la cual el mencionado dispositivo legal resulta absolutamente inútil para la finalidad que se perseguía lograr con el reenvío contenido en el artículo 28 de la mencionada Ley Orgánica de la Administración Pública.

10.9. **El control (especial referencia al ejercido sobre los entes descentralizados funcionalmente).**

10.9.1. **El control. Noción conceptual.** El control es una figura inherente a todo Estado de Derecho, o mejor dicho, a todo sistema democrático, pues tiende a garantizar, en sus distintas modalidades, que la actuación del Estado y de la Administración Pública se ajusten al Ordenamiento Jurídico; por tanto, en su acepción más amplia, constituye una garantía contra la arbitrariedad estatal. Atendiendo a ese marco conceptual en la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos rige el principio de la universalidad del control, según el cual toda actividad de los Poderes Públicos está sujeta a control, y en ese mismo orden de ideas la figura en comento ha sido definida como "juicio de conformidad a reglas, que comporta en caso de disconformidad una medida represiva, preventiva o rectificatoria" (GIANNINI,1991).

10.9.2. **Clases de control (parlamentario judicial y administrativo).** Pese a las distintas modalidades que puede asumir el control, la doctrina suele referirse en términos generales, atendiendo a la finalidad perseguida con el mismo, a tres clases: control parlamentario, control jurisdiccional y control administrativo. El primero opera tanto en

un sistema de gobierno parlamentario como presidencialista, pues corresponde al órgano parlamentario controlar al Poder Ejecutivo y a la Administración Pública, mediante los mecanismos contemplados en la Constitución y las leyes. Así el artículo 187, numeral 3 de la Carta Constitucional de 1999, confiere a la Asamblea Nacional la potestad de controlar a la Administración Pública Nacional en los términos establecidos en dicha Carta, contándose entre los medios de control puestos a disposición del Parlamento, entre otros, el voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros (art. 187, num. 10 ejusdem), la aprobación del presupuesto (art. 187 y 314 Const.), las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias, pudiendo en ejercicio de dicho poder contralor declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos, y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones para hacer efectiva esa responsabilidad (art. 222).

El control judicial, como su nombre lo indica, es el que se ejerce sobre la Administración Pública o el Estado, por los Tribunales competentes, quienes son los encargados de declarar, con fuerza de verdad legal, la voluntad de la Ley en cada caso concreto, o sea, que mediante un fallo judicial se determina la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa con la Ley, por tanto, se trata siempre de un control a posteriori de la legalidad, que encuentra su fundamentación en expresos dispositivos constitucionales, como son los artículos 253, 259 y 266 de la Carta Constitucional.

El control administrativo es el que se ejerce en el propio seno de la Administración, y pretende igualmente, mediante modalidades distintas a las que adoptan los controles parlamentarios y judiciales, verificar la conformidad o disconformidad de la actuación administrativa con la Ley (control de legitimidad). Sin embargo, debe añadirse que en esta clase control un sector de la doctrina suele sostener que la verificación se extiende a razones de oportunidad o de conveniencia (control de mérito).

Así mismo SANTAMARÍA (1991) afirma que el control administrativo puede recaer tanto sobre los actos como sobre la actividad de la Administración. En el primer caso se trata de verificar la legalidad o mérito de los actos emanados de los órganos inferiores, destacándose entre los medios para ejecutarlo en Venezuela, la resolución de los recursos administrativos: de reconsideración, jerárquico, jerárquico impropio y de revisión (arts. 90, 91, 95 y 97 de la LOPA), el reconocimiento de la nulidad absoluta, de oficio o solicitud de los interesados, de los actos administrativos (art. 83 LOPA) y la revocatoria de los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos para los particulares (art. 82 LOPA).

El control de la actividad, a diferencia del anterior, tiene por objeto "conductas o pautas de gestión", en su totalidad o en un aspecto particular, pudiendo tratarse de actividades administrativas o técnicas, de un ente en su totalidad orgánica, o sólo de algunos de sus órganos, contándose entre los medios para ejercerlo las inspecciones que corresponde realizar a todo superior jerárquico sobre el inferior, las rendiciones de cuentas periódicas, las presentaciones de informes, la imposición de sanciones disciplinarias y hasta, en algunos Ordenamientos, la sustitución interorgánica.

Por cuanto el control, como sostiene GIANNINI (1991) es sustantivamente un juicio sobre la conformidad o disconformidad de los actos y actividades administrativos con determinadas reglas, es necesario reiterar que dicho control puede ser de legitimidad, cuando esas reglas están constituidas por normas jurídicas de distinto rango (constitucional o infraconstitucional), o de mérito, en cuyo caso, según la doctrina italiana, las reglas están constituidas por preceptos de conveniencia o de oportunidad que se corresponden con un determinado interés público. O sea, que en ambos casos los actos o actividades sujetos a control se confrontan con determinadas reglas, a los fines de obtener un pronunciamiento de conformidad o disconformidad con las mismas.

Igualmente, el control se divide en interno y externo. Es interno cuando se ejerce en el ámbito del mismo órgano o ente, o sea, en el seno de la propia Administración, o bien entre entes que conforman a la Administración, y se corresponde en términos generales con los denominados control jerárquico y control de adscripción, y es externo, cuando al contrario el control es ejercido sobre la Administración por un órgano que no forma parte de su estructura. Por otra parte, el control interno puede ser previo o "a priori," o sucesivo o "a posteriori". Como su nombre lo indica el "a priori" o previo se ejerce antes de la adopción del acto, siendo expresiones del mismo el "visto bueno", la autorización, la licencia y la aprobación.

No obstante, es necesario subrayar que el control previo o preventivo no constituye una etapa del proceso de formación de la voluntad administrativa, porque como bien lo asienta SILVA CIMMA (1969) "no transforma el acto administrativo de simple en complejo. Persigue claro está que el acto no se celebre si se logran formular tachas o detectar vicios de tipo legal u otros que justifiquen que, en definitiva, no sea legal o conveniente esa celebración. Si recae en un contrato, el control previo procurará obtener su no celebración, cuando es ilegal o adolece de otros vicios". En cambio, el control sucesivo o a "posteriori", como también el nombre lo indica, es el que se ejerce después que el acto ha sido adoptado, y se han cumplido sus efectos, siendo expresión del mismo, los recursos administrativos, el reconocimiento de la nulidad absoluta y la revocatoria mencionados anteriormente, los cuales conducen a la nulidad, a la modificación o revocatoria del acto sometido a control.

El control externo es ejercido sobre la Administración por un órgano que no forma parte de su estructura. En Venezuela, de conformidad con el artículo 287 de la Constitución corresponde a la Contraloría General de la República, sobre la base del aludido principio de la universalidad del control, el cual significa en sentido positivo que todos y cada uno de los órganos y entes que conforman a la Administración Pública, conceptuada lógicamente desde el punto de vista subjetivo, están sujetos

al control del referido órgano, y en sentido negativo, que ningún órgano de la Administración escapa a dicho control; pero además ese principio también encuentra concreción desde el punto de vista objetivo, porque recae sobre los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos. De modo, pues, que en el marco de la concepción de control externo consagrada en la Constitución, es posible concluir que cualquier órgano o ente de la Administración Pública que maneje, custodie o administre bienes públicos está sujeto al Control externo de la Contraloría General de la República, y en definitiva que no es posible predicar excepciones ni de órganos, ni de actos o actuaciones administrativos.

Cabe destacar que la doctrina ha esbozado muchas clasificaciones acerca del control externo. Así, atendiendo a su finalidad , se suele hablar de control de legalidad y control de gestión; atendiendo a la oportunidad en que se ejerce control previo, concomitante, posterior y perceptivo; atendiendo a la programación, ocasional, periódico, exhaustivo y perceptivo, pudiendo además ser realizado en la sede del órgano controlado (control **in situ)**. Por otra parte, la metodología para la realización de estas modalidades de control encuentra una variada gama de expresiones, que van desde el tradicional examen de cuenta, pasando por las inspecciones, fiscalizaciones, estudios estadísticos y organizativos, así como por las diversas clases de auditorías.

Ha de señalarse que la vigente Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1996, diferencia el control de legalidad del control de gestión, en virtud de que resulta posible inferir que cuando consagra el primero, persigue como objetivo lograr la verificación de la legalidad, exactitud, sinceridad y corrección de la inversión de los fondos públicos, de los ingresos y operaciones relativas a los mismos. También están sujetos al aludido control de legalidad, en los términos contemplados en los artículos 42, 43, 47, 48 y 49 de la citada ley, los bienes públicos y la deuda pública nacional. En cambio, cuando establece el control de gestión, busca determinar si la actuación administrativa alcanzó las metas

que han sido fijadas previamente por los órganos competentes. Según M. CHITTI y G. GRECO (1997) este tipo de control tiene como finalidad "revelar las anomalías de la gestión (errores, irregularidades, violaciones de leyes, fraude, carencia de los logros de los objetivos, despilfarro, etc.), analizar las causas y señalar mediante relaciones especiales a los órganos de dirección administrativa y / o políticos, las medidas correctivas para evitar que las anomalías puedan repetirse".

Finalmente, es preciso indicar que el control de gestión como método, no es privativo de los órganos de control externo, dado que también puede ser utilizado en el seno de la Administración Pública. En efecto, la Ley Orgánica de Administración Pública, al diseñar los mecanismos de control que ejercen los órganos de adscripción de los distintos niveles, establece que la autoridad encargada de la planificación y la coordinación deberá determinar los indicadores de gestión aplicables para evaluar el desempeño institucional de los órganos de los entes descentralizados (art. 119).

Precedentemente aclaramos que formaba parte del control administrativo interno, aunque pudiera parecer a simple vista contradictorio, el denominado **control de adscripción**, en virtud de que el mismo se ejerce sobre un ente, del cual obviamente no forma parte del órgano contralor, configurándose por esa razón como una relación intersubjetiva, cuando usualmente el control interno, como su nombre lo indica, opera en el seno de una misma Administración, o mejor en un órgano complejo, verbigracia en un Ministerio, entre el Ministro y el Viceministro, y en un Instituto Autónomo, entre el Presidente y un Director, es decir, que se trata de una relación intraorgánica.

Hemos preferido ubicarlo en el control administrativo interno, en primer lugar, para evitar cualquier confusión derivada del nombre "control externo", el cual como ya expusimos recae sobre ingresos, gastos y bienes públicos y es una denominación de carácter legal, y en segundo lugar, porque sustantivamente es un mecanismo que opera en el seno

de una rama de la Administración Pública, cuando se acude a la clasificación de la misma sobre la base de su organización por niveles, de tal suerte que existen en Venezuela las ramas nacional, estadal y municipal, cada una de las cuales a su vez se divide horizontalmente en central y descentralizada.

Por consiguiente, cuando un Ministerio ejerce el control sobre un Instituto Autónomo (tutela), sobre una empresa del Estado (accionario) y sobre una Fundación del Estado (estatutario), sujetos a su adscripción, pese a que la relación es ciertamente intersubjetiva, de todas maneras el control opera en el seno de la misma Administración Nacional; de allí entonces las razones que nos conducen a proponer la ubicación del control de adscripción en la clase de control interno administrativo.

10.9.3. **El control de adscripción.**

10.9.3.1. **Premisa introductoria (el control de tutela como una especie del control de adscripción).** Es necesario precisar que utilizamos la denominación " control de adscripción", intentando adaptar esta fórmula organizativa al Ordenamiento Jurídico venezolano, concretamente al "Decreto Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los órganos de la Administración Central " del 20 de diciembre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial el 24 de enero de 2001, el cual ya aparecía implícitamente en la Ley Orgánica de la Administración Central, pues hasta esa fecha la noción conceptual implicada en esa modalidad de control era conocida en el país, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, como **control de tutela**, debido a la influencia en ese sentido de la doctrina francesa. La LOAP acoge la tesis del control de adscripción, superando definitivamente la confusión que se presentaba con la conceptuación del control de tutela como una categoría genérica.

En efecto, según los autores franceses esta modalidad de control (de tutela) surge con los procesos de descentralización territorial y fun-

cional que se inician en ese país a finales del siglo XIX, que se van a incrementar significativamente después de la Segunda Guerra Mundial. Lo cierto es que una de las diferencias existentes entre la descentralización territorial y funcional, la relativa a que la primera está caracterizada por estar fundamentada en una relación de autonomía máxima entre los entes que conforman al Estado Federal, o al Estado de base regional, y la segunda también fundamentada en una relación de autonomía, pero atenuada, entre el ente territorial y el ente descentralizado funcionalmente, condujo a que el control de tutela únicamente se pudiera predicar en el ámbito de la descentralización funcional, pues la señalada relación de máxima de autonomía (política), impidió e impide predicarla en el caso de la descentralización territorial.

Ha de advertirse que inicialmente la descentralización funcional sólo se concebía entre un ente territorial y un ente descentralizado funcionalmente, de carácter público, pero como hemos expuesto anteriormente, dicho concepto de descentralización se ha ampliado significativamente, por lo menos en Venezuela, debido a que se ha extendido a entes privados estatales, verbigracia empresas del Estado, fundaciones y asociaciones civiles del Estado. Por tanto, como también esos entes estatales de carácter privado, requerían ser sometidos a un control por los órganos de la Administración Central, se impuso la tendencia a generalizar y denominar **control de tutela** al ejercido por un ente territorial sobre cualquier tipo de ente descentralizado funcionalmente, fuere de derecho público o de derecho privado. Por esa razón casi todos los manuales y tratados de Derecho Administrativo, suelen aludir al control de tutela, y no al de adscripción como hemos decidido denominar el presente acápite, y tal vez, porque no decirlo, tal denominación tenga pertinencia únicamente en Venezuela.

En efecto, hasta el año 2000 las diversas leyes que regulaban esta modalidad de control con la finalidad de delinearlo, implícitamente establecían la adscripción de cada ente descentralizado funcionalmente a un Ministerio, razón por la cual bastaba esa referencia para que se afir-

mase que ese ente, independientemente de su naturaleza pública o privada, estaba sometido al **control de tutela**, superándose de esa manera la base ortodoxa del mismo, que consiste en una relación que se da exclusivamente entre **entes públicos,** para extenderla a la que se configura entre entes públicos y entes privados estatales.

Esta situación va a cambiar radicalmente a partir del año 1999 cuando se dicta el mencionado "Decreto ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los órganos de la Administración Central", reformado a finales del año 2000, en cuyo artículo 15 se establece una clarísima distinción entre los diversos tipos de controles que ejerce la Administración Central, originados en la **adscripción** de un ente descentralizado funcionalmente a dicha Administración. Esas modalidades son: a) **control de tutela** que se ejerce sobre los Institutos Autónomos, atendiendo a las respectivas leyes de creación; b) **control accionarial** que se ejecuta mediante el ejercicio de la representación de la República en las empresas del Estado; y c) **control estatutario,** que es aquel que se ejerce sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado.

De modo, pues, que por imperio de la ley en Venezuela actualmente se puede hablar de un control genérico sobre casi todos los entes –públicos o privados estatales– descentralizados funcionalmente, denominado **control de adscripción**, que se desagrega en las referidas especies de control de tutela, control accionarial y control estatutario.

10.9.3.2. **El control de tutela.**

10.9.3.2.1. **Marco conceptual.** Reiteramos que este tipo de control tiene su origen en Francia, como consecuencia de los procesos de descentralización territorial y funcional, y ha sido definido como aquel que ejerce la Administración Central (República), sobre un ente público descentralizado funcionalmente, dentro de los límites fijados por la ley. Por esa razón el control de tutela, denominado también tutela adminis-

trativa, es una fórmula organizativa de Derecho Público, que únicamente se configura entre entes públicos: uno territorial y el otro descentralizado funcionalmente. Sin dudas que el referido marco doctrinario aparece recogido fielmente en el artículo 15 del citado Decreto ley de Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los órganos de la Administración Central.

Por otra parte, es preciso advertir que el calificativo "tutela" ha sido cuestionado por una parte de la doctrina, en virtud de que no se corresponde con la institución contemplada en el Derecho Civil (art. 301 CC.), la cual está destinada a delinear un régimen para un tipo de personas incapaces, y en cambio en el "control de tutela" ejercido por la Administración Central, la actividad contralora de ésta recae sobre entes o personas jurídicas descentralizados funcionalmente, todos dotados de plena capacidad jurídica, además claro está de que el término en ambos casos responde a nociones conceptuales radicalmente distintas.

La referida crítica resulta meramente lingüística, porque existe una sustantiva diferencia entre la tutela administrativa y la tutela civil, pues como expresamos antes, la primera se inscribe en el campo del Derecho Público, y alude a relaciones entre personas jurídicas de derecho público, y la segunda, se inscribe en el ámbito del Derecho Civil, y regula relaciones entre personas naturales. Además esta última regula la situación de personas incapaces, y la primera de personas jurídicas plenamente capaces. En fin, la crítica referida posee un carácter meramente formal, y no puede conducir al abandono del término. Más aún: éste se ha transformado en usual tanto a nivel doctrinario como de Derecho positivo. Así en nuestro país lo adoptan la gran mayoría de los autores en el campo del Derecho Público, e igualmente aparece recogido en textos legislativos tan importantes como la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. También a nivel jurisprudencial se admite la validez de la utilización del término en comento.

Dilucidado, como ha quedado el problema de la terminología, así como su consagración en el Derecho Venezolano, cabe precisar que debe excluirse la procedencia de dicho control sobre los entes territoriales, los cuales constituyen expresión de la forma de Estado Federal prevista en el artículo 4 de la Constitución; por tanto, sus actos, por regla general, están sujetos únicamente al control jurisdiccional. La referida exclusión conduce, como expusimos antes, a que el control de tutela recaiga solamente sobre los entes públicos que conforman a la Administración Descentralizada funcionalmente.

En efecto, como expusimos precedentemente, la descentralización funcional comporta la transferencia de la titularidad de la competencia de un órgano de la Administración Central (República) a un ente, creado por esa misma Administración, con la finalidad de que gestione el interés público derivado del ejercicio de la competencia transferida, pero al mismo tiempo a los efectos de garantizar la unidad de la gestión administrativa de toda la Administración Pública, la optimización de las actividades realizadas por el ente descentralizado y, en fin, la adecuación de las mismas al Estado de Derecho, se impone el mantenimiento de un vínculo entre el ente transfirente de la competencia y el ente receptor de la misma, el cual lógicamente, debido a la autonomía que se le confiere a este último, no puede ser igual al que se configura entre órganos articulados sobre la base del principio de jerarquía (control jerárquico).

Por tanto, si bien se trata de un control, que al fin y al cabo, persigue que el ente descentralizado funcionalmente ajuste su actividad a la legalidad, resulta muy particular, en virtud de su carácter atenuado, y porque la gran mayoría de las veces es sucesivo o a "posteriori". Claro está que la determinación de la intensidad y de las modalidades del mismo, únicamente podrán derivarse de un examen de cada Derecho positivo.

10.9.3.2.2. **El control de tutela en Venezuela hasta el año 2001.** En realidad hasta septiembre de 2001 no existía ningún instrumento de rango legal que regulara de manera general el control de tutela en Vene-

zuela. Ahora bien, la inexistencia de esa regulación general de este tipo de control, no autorizaba a predicar su falta de vigencia en nuestro país, ya que aparecía y aparece consagrado en varios instrumentos normativos, tanto de rango legal, como sublegal, y lo que es más importante todavía: a nivel jurisprudencial no existía ninguna duda acerca de esa potestad que ejercían los órganos de la Administración Central sobre los entes de la Administración Descentralizada que le estaban adscritos.

En este orden de ideas, cabe advertir que CABALLERO (1984) analizando varias leyes creadoras de Institutos Autónomos, sistematizó múltiples formas de control –tanto preventivo como sucesivo– que, conforme a esos textos legislativos, ejercen los órganos de adscripción sobre esas figuras subjetivas. Así en el ámbito del control previo: control sobre los contratos, sobre las tarifas, sobre la venta de inmuebles, sobre las operaciones de crédito público, sobre el presupuesto y sobre emisión de timbres postales y, en el ámbito del control sucesivo: control sobre las actividades en general, sobre el programa anual, sobre el balance, sobre los actos administrativos sobre la gestión presupuestaria.

Del análisis realizado por el mencionado autor en varios textos legislativos creadores de Institutos Autónomos, se evidencia que el control de tutela sobre dichos entes aparecía consagrado en forma anárquica, porque algunas modalidades eran ejercidas sobre unos Institutos, mas no sobre otros que tenían una estructura y finalidad similares. Asimismo sobre algunos de estos entes se ejercían controles de mayor intensidad, y en otros similares se ejercían de menor, o no se ejercía ninguno, sin razón alguna aparente, salvo las que podían derivarse de las circunstancias que acompañaron la sanción de cada una de esas leyes.

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Administración Central atribuía en su artículo 37, num. 12, en forma general a los Ministros la competencia para ejercer sobre los institutos autónomos, fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado, las funciones de coordinación y **control** que le correspondían conforme a ese Decreto ley, las Le-

yes especiales de creación y los demás instrumentos jurídicos respectivos. Cabe destacar que el mencionado dispositivo atribuía a los Ministerios una competencia genérica de control sobre los entes descentralizados funcionalmente, sin aludir para nada al control de tutela, debido a que el antes citado Decreto Ley de Adscripción se encargaba de especificar, como ya se explicó, las diversas modalidades de ese control genérico de adscripción, a saber: el control de tutela, el control accionario y el control estatutario. De modo, pues, que la armonización de ambos dispositivos normativos, conducía a determinar que el control de tutela era el que ejercía la Administración Central sobre los Institutos Autónomos.

Efectivamente, el artículo 15, numeral 1, del Decreto ley de Adscripción de Institutos Autónomos, prescribe:

> *"Como consecuencia de la adscripción prevista en este Decreto-Ley, los órganos de la Administración Central señalados en el mismo, ejercerán sobre los entes que se le adscriben los siguientes tipos de control:*
>
> *1. Control de tutela, en el caso de los Institutos Autónomos, el cual se ejercerá de acuerdo con los términos establecidos en las respectivas leyes de creación de los mismos..."*

Pues bien, observamos que el dispositivo transcrito reenvía a los fines de la determinación de los atributos en que se desagregaba el control de tutela, al igual que la LOAC derogada , a la ley de creación del respectivo instituto autónomo, razón por la cual era necesario examinar el mencionado texto legislativo de creación para verificar cómo aparecía delineado el control de tutela, pero seguramente de dicho examen era posible derivar en mayor o menor cantidad las formas de control detectadas por Caballero, cuando le tocó analizar varias leyes creadoras de institutos autónomos.

10.9.3.2.3. **El control de adscripción en la Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en septiembre de 2001.** Es preciso comenzar señalando que la Ley incluye una Sección V en el Capítulo II, del Título IV denominada **Del control sobre los órganos desconcentrados y sobre los entes descentralizados funcionalmente**, de cuyos artículos se desprende la voluntad de la ley de consagrar un sistema de control tanto sobre los órganos desconcentrados como de los entes descentralizados funcionalmente. Sin dudas que la adopción de un mismo sistema de control para órganos y entes no deja de llamar la atención, puesto que si bien es cierto que algunos órganos desconcentrados además de la autonomía funcional, detentan otras modalidades de autonomía en distintos grados, el control natural que se ejerce sobre los mismos es el jerárquico, como por lo demás aparece establecido expresamente en el artículo 90 de la propia LOAP. Este intento de generalizar seguramente originará no pocas problemas interpretativos innecesarios.

Dejando de lado esa problemática que deberá ser abordada en otra parte, es necesario reiterar que el sistema de control consagrado en la referida Sección, tiene un carácter general, y resulta aplicable tanto a entes públicos (institutos autónomos), como a entes privados estatales (sociedades mercantiles, asociaciones civiles y fundaciones del Estado), y ni siquiera recibe una denominación, no obstante, dado que la lectura del articulado evidencia que el sistema aparece regulado sobre la noción de adscripción, es posible otorgarle la denominación de **control de adscripción**, que por lo demás se ajusta a la tendencia moderna iniciada en Venezuela con el Decreto ley sobre Institutos Autónomos... en 1999, el cual fue modificado en diciembre de 2000.

Pues bien, cuando se adminicula ese articulado de la LOAP con el referido Decreto ley es posible arribar a las mismas categorías mencionadas anteriormente, esto es: control de adscripción, en la modalidad de tutela, que ejercen los órganos de la Administración Central sobre los entes públicos adscritos a la Administración Central, control de adscripción en la modalidad denominada accionario, que ejercen los

órganos de la Administración Central, o los entes de la Administración Descentralizada institucionalmente sobre las empresas del Estado (sociedades mercantiles), y control de adscripción, en la modalidad denominada estatutaria, que ejercen los órganos de la Administración Central o los entes de la Administración Descentralizada funcionalmente sobre las asociaciones civiles y fundaciones del Estado.

Por supuesto, que al establecer la LOAP unos mecanismos de control genéricos, válidos para todos los órganos desconcentrados y para todos los entes de la Administración Descentralizada, corresponderá a la Administración, y en última instancia a los órganos jurisdiccionales, en cada caso, determinar atendiendo a la naturaleza del órgano desconcentrado o ente, la modalidad de control de adscripción que deberá ejercer sobre el mismo. Desde luego, que esa situación pudo evitarse si los legisladores hubieren realizado un mínimo esfuerzo en el sentido de armonizar explícitamente estas normas con las del Decreto ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos.

En todo caso, hay que reivindicar el sentido positivo, pese al carácter genérico con que es consagrado el control de adscripción, de algunas normas que tienden a optimizar el nuevo sistema de control, y entre ellas destaca el artículo 117, que preceptúa:

> *Art. 117 "Los ministerios u otros órganos de control, nacionales, estadales, de los distritos metropolitanos o municipales respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen las siguientes atribuciones:*
>
> *1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias. 2: Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control. 3. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Pre-*

> *sidente o Presidenta de la República.... 4. Informar trimestralmente al organismo u órgano nacional, estadal, del distrito metropolitano o municipal encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes. 5. Proponer al Presidente o Presidenta de la República... las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas. 6. Las demás que determinen las leyes nacionales, estadales y las ordenanzas municipales y sus reglamentos".*

Sin embargo, debemos hacer notar que el aspecto positivo de la enumeración contenida en el precepto transcrito, queda atenuado cuando su simple lectura revela que al parecer los legisladores ignoraron la naturaleza del control de adscripción, pues tal como aparece diseñado en la norma se aproxima más al control jerárquico que al primero, lo que resulta contrario a la variable fundamental que caracteriza a los entes públicos descentralizados funcionalmente, como lo es la autonomía. En efecto, no se trata del número de formas de control establecidas, sino de la intensidad del control que se deriva especialmente de los numerales 1, 2 y 3, del citado artículo 117, pues planteado de esa manera pierde sentido conferirle autonomía a estos entes, ya que en la práctica, si deben estar **permanentemente** sujetos a la supervisión, coordinación y control, así como a la evaluación **continua** del desempeño y los resultados de su gestión por los órganos de control, y así mismo si sus políticas son definidas por los aludidos órganos, van a pasar a ser de entes autónomos formales, a órganos subordinados reales.

Si a lo anterior se agrega la facultad discrecional que se otorga a los máximos jerarcas administrativos para intervenir institutos autónomos, lo que de suyo, teniendo en cuenta la continuidad y la permanencia de los controles señalados ya revela una grave incongruencia, pues es de suponer que la intervención estará relacionada con irregularidades, ineficacia o ineficiencia del instituto; por tanto, resulta lógico pensar que si eso ocurre es porque los controles intensos antes mencionados que ejer-

ce el órgano de adscripción no han funcionado. Finalmente, cabe señalar que los artículos que van del 118 al 128 contribuyen a perfilar más claramente este tipo de control sobre los entes descentralizados funcionalmente, precisando en algunos casos métodos específicos en función de la naturaleza del ente descentralizado .

10.9.3.2.4. **Diferencias entre el control de tutela y el control jerárquico.** En virtud de que la modalidad de control administrativo más importante en el ámbito de la Administración Descentralizada funcionalmente es el control de tutela, así como el jerárquico es el fundamental en la Administración Central, pasamos a señalar sus principales diferencias:

a) El control jerárquico es **intraorgánico** y el control de tutela **intersubjetivo,** en virtud de que el primero opera únicamente entre órganos de una misma persona jurídica o de un órgano complejo, y el segundo entre personas jurídicas pertenecientes a la Administración Central y a la Administración Descentralizada. Así por ejemplo, el Ministro lo ejerce sobre el Viceministro (jerárquico) y el Ministerio de Salud y Desarrollo Social (la República) lo ejerce sobre el Instituto Nacional de Higiene (Instituto Autónomo).

b) El control jerárquico se presume en toda Administración articulada sobre el principio de jerarquía administrativa, u organizada piramidalmente, vale decir, que no se requiere que esté consagrado expresamente en un precepto legal para poder postular su existencia. Desde luego, que también puede aparecer recogido como regla general en una norma. Por esa razón este tipo de control, sin duda, existe en la Administración Central, pero nada obsta –y por regla general es así– para que también se configure en los entes que conforman a la Administración Descentralizada, pues éstos están integrados organizativamente, en la gran mayoría de los casos, por órganos colocados en una relación de jerarquía.

En cambio, el control de tutela no puede ser objeto de presunción, pues para predicar su existencia se requiere que una norma lo consagre

expresamente. Así ocurre en todas las leyes creadoras de los institutos autónomos, en las cuales se utiliza la fórmula de la adscripción para establecer la potestad contralora (de tutela) que ejerce el ente de adscripción sobre el adscrito. Cabe recordar que actualmente aparece consagrado en forma general en la LOAP en los términos expuestos, y en el artículo 15, numeral 1, del Decreto Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos... Por tanto, en ausencia de una norma de esa naturaleza debe reputarse que el ente descentralizado funcionalmente no está sujeto a ese tipo de control, como ocurre excepcionalmente con las Universidades Nacionales, y con el Banco Central de Venezuela.

c) La existencia de un control jerárquico comporta a su vez la consagración del recurso jerárquico, pues precisamente uno de los efectos de la jerarquía es que corresponde al máximo jerarca resolver los recursos que se intenten contra los actos de los órganos subordinados. También, en el ordenamiento jurídico venezolano, el control de tutela comporta a su vez un recurso jerárquico, pero "impropio", en virtud de que una vez ejercido el recurso ante la máxima autoridad administrativa del Instituto Autónomo, contra la decisión de éste se puede intentar un nuevo recurso jerárquico, salvo disposición en contrario de la Ley, ante el Ministro de adscripción (art. 96 LOPA); de allí su carácter impropio, pues se trata de un recurso jerárquico contra una decisión, que es resultado de la resolución por parte de un jerarca administrativo de otro recurso jerárquico interpuesto previamente.

Finalmente, debemos señalar que los órganos inferiores no pueden impugnar los actos de los superiores, ni aún cuando estén dotados de una gran autonomía, como ocurre entre los órganos de las Universidades Nacionales, cuyos titulares son elegidos por el claustro o las Asambleas de Facultades y de Escuelas (Consejo Universitario, autoridades universitarias, Decanos, Consejos de Facultad y Consejos de Escuelas). Así lo declaró la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse sobre la inadmisibilidad de un recurso de nulidad interpuesto por el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universi-

dad de los Andes, contra una decisión del Consejo Universitario que había declarado con lugar un recurso jerárquico interpuesto contra una resolución del Consejo de la referida Facultad. En ese fallo la Corte sostuvo:

> *"...Por lo demás el recurso de nulidad contra actos de efectos particulares se ha establecido sólo en beneficio de las personas naturales o jurídicas en sus relaciones con la Administración Pública, por lo que el ejercicio de éste no es posible entre autoridades administrativas jerarquizadas, siendo el Consejo Universitario la máxima autoridad de la Universidad, tal como lo señala el artículo 24 de la Ley de Universidades, sus decisiones se imponen a los órganos a él subordinados en la materia que les son propias. El órgano subordinado carece de interés para atacar las decisiones ilegales de control adoptadas por el superior en contra de lo decidido por el inferior, ya que los límites del control jerárquico se establecen respecto del interés general que la respectiva organización está llamada a cumplir y no en el interés del órgano subordinado (Sentencia del 31 de mayo de 1989. Exp. 83-3214).*

En cambio, resulta legalmente posible que el ente sometido a control de tutela pueda impugnar actos emanados del Ministerio de adscripción, siempre lógicamente que esté legitimado para hacerlo, por ante los órganos competentes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, precisamente porque dicho control comporta, como se dijo antes, una relación intersubjetiva, y no intraorgánica, razón por la cual el interés para impugnar puede tener su origen en la posible lesión del interés público que por obra de la ley el ente descentralizado funcionalmente debe tutelar. Aunque debemos reconocer que resulta poco probable en la práctica, por razones obvias, que un ente, sometido a esta clase de control, se atreva a impugnar un acto emanado del Ministro de adscripción.

10.9.3.3. **Los controles accionarios y estatutarios.** Ya dijimos que el Decreto ley sobre Adscripción de los Institutos Autónomos...

dictado en el año 1999 y reformado a finales del año 2000, además del control de tutela, como modalidad del control de adscripción, establece los controles accionarios y estatutarios, pero limitándose solamente a identificarlos atendiendo a la clase de entes descentralizados funcionalmente sobre los cuales se ejercen. En ese orden de ideas denomina control accionario el ejercido sobre las Empresas del Estado, y estatutario el ejercido sobre las Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado.

Ahora bien, dado los términos meramente enunciativos del Decreto ley al referirse a este tipo de controles, la determinación del contenido de los mismos, requiere su armonización con las normas pertinentes del ordenamiento jurídico, a las cuales hace un reenvío implícito en el caso del control accionario, y explícito en el estatutario. Pues bien, en ese orden de razonamiento cabe señalar, en primer lugar, que el Decreto ley bajo examen apareja el control accionario a las empresas del Estado, la cual es una denominación que se corresponde con las **sociedades mercantiles** en las cuales la República y las demás personas de derecho público nacionales tengan una participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social, con las **sociedades de propiedad totalmente estatal**, cuya función a través de la posesión de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional y con las **sociedades mercantiles** en las cuales las sociedades anteriores tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social, definidas en el artículo 6, numerales 8 y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que enumera los entes que conforman el referido Sector.

Por consiguiente, al quedar claro que toda empresa del Estado es una sociedad mercantil, entonces el control que ejercerá la República sobre las mismas, mediante la representación de las acciones que le pertenecen, estará regulado por las expresas disposiciones del Código de Comercio, relativas al carácter de socio con participación mayoritaria en el capital social, dependiendo del tipo de sociedad mercantil de que se trate (socie-

dades anónimas, responsabilidad limitada, en nombre colectivo y en comandita). Por lo demás el control accionario aparece previsto en el artículo 76, numeral 13, de la LOAP, y es atribuido al correspondiente titular del Ministerio de adscripción, e igualmente en el artículo 120 ejusdem

El control estatutario, de conformidad con el citado artículo 15, numeral 3 del Decreto sobre Adscripción de los Institutos Autónomos.... lo ejerce el Ministerio de adscripción sobre las Fundaciones y Sociedades y Asociaciones Civiles del Estado, contempladas en el artículo 6, numeral 10 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, siempre que el aporte de la República o de los entes públicos nacionales represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto en un ejercicio. Pero en este caso la determinación de las formas de control es reenviada de manera explícita al Decreto ley N° 677 de fecha 21 de junio de 1985, al Decreto que autorice su constitución y a sus estatutos sociales.

En el referido Decreto de Ley de 1985, todavía vigente, la sección segunda del Capítulo I del Título II está destinado precisamente a regular el control, y en la misma se establecen los siguientes mecanismos: a) la elaboración y ejecución del presupuesto está sometido a las normas que dicte la Oficina Central de Presupuesto, actualmente Oficina Nacional de Presupuesto; b) los administradores están obligados a remitir al órgano de adscripción, dentro de los primeros treinta días de cada año, el informe y cuenta de su gestión; c) el órgano de adscripción debe ejercer la supervisión, evaluación y coordinación del órgano controlado, además podrá designar comisarios especiales y auditores o revisores contables; d) para poder enajenar o gravar sus bienes el órgano controlado debe obtener previamente la autorización del órgano que ejerce el control estatutario, e igualmente para reformar sus estatutos requerirán la aprobación del órgano al cual están adscritos.

A los anteriores mecanismos de control estatutario deben agregársele los que sean establecidos en el decreto de constitución y en los esta-

tutos sociales, lo que revela que el control estatutario es el más intenso de los tres, y tal vez ello se deba a la experiencia negativa en materia de administración de Fundaciones del Estado ocurrida durante la década de los ochenta, pero sin dudas que ello desnaturaliza el carácter atenuado que debe revestir el control de adscripción, precisamente por tener naturaleza intersubjetiva, la cual supone un cierto grado de autonomía de los entes implicados en la mencionada relación, máxime si se tiene en cuenta la voluntad del Estado de crearlos como personas jurídicas de derecho privado.

10.10. **La coordinación.**

10.10.1. **Premisa introductoria.** Esta fórmula organizativa al igual que otras que hemos examinado antes, surge al calor de la superación del Estado fuertemente centralizado, por el descentralizado, y en consecuencia por el predominio del pluralismo en la Administración Pública, requerido para lograr las metas del Estado social de derecho. Hay que añadir que la coordinación como fórmula organizativa cobra cada vez mayor importancia y aplicación, pues la sustitución por parte de las Administraciones Públicas de los esquemas rígidos propios de la organización fuertemente centralizada, así como la creciente especialización de las actividades, mediante las cuales se satisface el interés público, debido a la asunción por parte del Estado de nuevos cometidos, sobre todo en el campo económico y social, lo que a su vez también ha conducido al crecimiento de los órganos y entes que conforman la Administración Pública, tales como Ministerios, Institutos Autónomos, Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, Empresas del Estado, Fundaciones etc., todos los cuales con intereses públicos distintos, pero muchas veces con competencias directa o tangencialmente concurrentes, por lo que en la realización de las actividades que a cada uno de ellos compete se puede producir lo que en Matemáticas se denomina una intersección.

Precisamente en la búsqueda de que esa intersección de actividades redunde en beneficio del fin unitario del Estado en la materia que le es común a esos entes y órganos, y dado que éstos están dotados de

autonomía administrativa, lo que excluye la utilización del poder jerárquico, se impone la aplicación de la coordinación, conceptuada como fórmula organizativa que establece la unidad de dirección de todos los entes y órganos que actúan en un determinado sector de la vida pública (económico, social, etc.). Así por ejemplo, en el sector de la política de vivienda observamos que existen en Venezuela órganos y entes dotados de autonomía, que desde diferentes perspectivas tienen incidencia en el mismo, tales como el Instituto Nacional de la Vivienda, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, el Ministerio de Infraestructura, el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano y el Consejo Nacional de la Vivienda previsto en la Ley de Política Habitacional. En este ejemplo, si bien todos los entes y órganos mencionados realizan funciones específicas que se inscriben dentro de los intereses que deben tutelar conforme al instrumento de creación, todos ellos concurren a un fin general del Estado, como es el relativo a la política nacional de vivienda; de allí la necesidad de que el ordenamiento jurídico consagre la fórmula organizativa de **coordinación,** cuya aplicación permite, en este ejemplo, que las funciones de todos ellos se orienten al logro de ese objetivo nacional.

10.10.2. **Marco conceptual.** Pese a la innegable necesidad de la coordinación en el logro de los fines de la Administración Pública, es preciso subrayar que su fundamentación conceptual es de las más discutidas en doctrina, pues para algunos autores la coordinación es una expresión natural de los poderes de mando en que se desenvuelve la relación de jerarquía, en virtud de que el superior jerárquico, en ejercicio de sus poderes debe asegurar la coordinación de las actividades de los órganos subordinados, pues la jerarquía supone, como se dijo precedentemente, una estructura piramidal donde existe una competencia material general única, razón por la cual a los jerarcas para lograr el fin de la organización, mediante la coordinación, sólo les basta impartir órdenes, instrucciones y directivas, basados precisamente en la potestad derivada de la relación de jerarquía que se instaura entre los órganos.

Cabe añadir que si bien esta tesis puede resultar válida cuando se conceptúa a la coordinación como relación intraorgánica (Ministro-Viceministro), sus postulantes la extienden, en cierto sentido, inclusive a la coordinación concebida como relación intersubjetiva, siempre que se admita la existencia de un ente coordinador que prime sobre los restantes entes coordinados. En cambio, el otro sector doctrinario predica la absoluta independencia de la coordinación de la jerarquía, pues la primera sólo puede configurarse cuando entre los órganos (relación interorgánica) o entes (relación intersubjetiva) existe una total paridad, de tal suerte que ninguno de ellos es superior al otro, en el entendido que todos atienden distintos sectores públicos, pero orientados a la consecución de un objetivo unitario, motivo por el cual se impone la armonización de sus actividades, lo que sólo resulta posible, debido a la relación de paridad que los une, acudiendo a los mecanismos de coordinación.

Es decir, que para los partidarios de esta tesis la convergencia en la búsqueda del objetivo unitario entre pares origina la coordinación, cuya operativización surge del acuerdo o del consenso que se produce entre ellos. Por tanto, en el marco de esta tesis la figura de la coordinación excluye a la de la jerarquía, o dicho en otros términos, resultan incompatibles jerarquía y coordinación.

Ahora bien, la segunda tesis es la que reúne mayor respaldo doctrinario, porque en definitiva, como sostiene BACHELET (1962), en una organización piramidal, articulada sobre el principio de jerarquía, los órganos que la forman no están propiamente coordinados, sino más bien ordenados, ya que en la pirámide jerárquica ellos no gozan de autonomía alguna y la manifestación característica de la unidad de acción administrativa en el sistema jerárquico, consiste exactamente en que los órganos típicamente superiores la realizan ordenando un cierto comportamiento o modo de acción a los inferiores, más que coordinando una iniciativa autónoma de estos últimos.

Como siempre estas discusiones doctrinarias enriquecen el marco teórico, pero en definitiva el predominio de una u otra tesis está en la mayoría de los casos en función de la orientación adoptada por el Derecho positivo, y en ese orden de razonamiento es necesario hacer constar que casi todos los ordenamientos consagran la tesis de la coordinación como fórmula organizativa independiente; por tanto, totalmente diferenciada de la jerarquía, pero por supuesto que las regulaciones correspondientes revisten matices que se orientan en una u otra dirección doctrinaria. Atendiendo a esta conclusión GALATERIA (1993) define a la coordinación "como una figura organizativa caracterizada por un sistema de relaciones, normativamente predispuesto para armonizar una pluralidad de actividades desarrolladas por diversas figuras jurídicas subjetivas, las cuales si bien conservan cada una de ellas sus propios múltiples y diferenciados intereses, atienden a la consecución de un objetivo unitario".

De la definición anterior se colige que los elementos de la coordinación como figura organizativa son: a) la existencia de órganos y entes dotados de autonomía y titulares de intereses distintos, b) que esos órganos y entes realicen actividades que concurran en definitiva al logro de un objetivo unitario, en virtud de un sistema de relaciones instaurado entre ellos, mediante instrumentos normativos, y además que la coordinación puede ser interorgánica, cuando concurren en la relación órganos de diferentes administraciones sectoriales, verbigracia varios Directores Generales, lógicamente afines por la competencia material, o mejor por la coincidencia en la persecución del mismo fin, de distintos Ministerios, e instersubjetiva cuando concurren en la relación distintos entes.

10.10.3. **Los modelos de coordinación en el Derecho positivo.** Las normas de los distintos ordenamientos suelen trazar el diseño de esta fórmula organizativa acudiendo a dos modelos diferenciados, a saber : los órganos y entes coordinados, por estar en relación de paridad funcionan como una especie de órgano colegiado, adoptando decisiones siguiendo el procedimiento del mencionado tipo de órganos, las cuales están revestidas de la eficacia de las denominadas directivas. En

este orden de razonamiento cabe precisar que la coordinación implica que el órgano coordinador tiene el poder de impartir directivas a los coordinados, y éstos el deber de ajustarse a ellas, salvo razones plenamente justificadas.

Dichas directivas generalmente forman parte de un plan de trabajo, lo que evidencia una actividad coordinadora a priori, pero igualmente las mismas pueden impartirse a posteriori, esto es, en la oportunidad de la adopción de las decisiones. En criterio de BACHELET (1962) la directiva es el procedimiento tipo en materia de coordinación, y "se distingue de la orden jerárquica, que es su pieza de contraste, porque no produce, como ella, la anulación de la voluntad del destinatario, ni convierte a éste, por lo tanto, en un mero ejecutor de una voluntad ajena, sino que le deja en todo caso un amplio espacio para que realice sus propias opciones y despliegue sus propios medios en orden a la consecución de los resultados que la directriz le propone, resultados a cuya obtención se limita, en principio, la vinculación que aquélla comporta".

Este modelo al parecer es muy frecuente en los ordenamientos jurídicos, pues cada uno de los órganos mantiene su propia especificidad organizativa y funcional, lo que no impide que se acuerden sobre la decisiones necesarias para lograr el objetivo unitario. El otro modelo se caracteriza porque pese a existir la paridad entre los órganos y entes a uno de ellos la Ley le confiere la potestad de coordinación, correspondiéndole entonces la armonización de las actividades de los diversos órganos coordinados, para lo cual de todas maneras se requiere lograr el acuerdo de los mismos. Es preciso resaltar que en este modelo sigue prevaleciendo como principio el respeto a la autonomía de los órganos coordinados, pues se insiste en que la función del coordinador se reduce a la armonización de las actividades.

En otro modelo se inscribe en el concepto de coordinación material que se maneja en España, el cual atiende a la necesidad del aparejamiento a la coordinación de una dosis de coacción por parte del órgano

coordinador, razón por la cual asume una posición de superioridad sobre los órganos o entes coordinados, lo que le permite orientar en forma decisiva sus actuaciones, siempre teniendo presente el fin unitario que los acomuna. En ese sentido se ha orientado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del mencionado país, al afirmar que "la voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición de la coordinación, ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado".

En fin, queda demostrado que los métodos, con sus matices, para llevar a cabo la coordinación atienden a la posición de paridad o de supra-subordinación en que sean colocados los órganos y entes coordinados. Así, en caso de paridad la coordinación se basará en el consenso o acuerdo de voluntades; y en el caso de la desigualdad entonces uno de los órganos (el coordinador) pasa a primar sobre los demás. Es por esa razón que los legisladores deben cuidarse de trazar el diseño específico de coordinación que pretendan consagrar en cada caso, así como la orientación absolutamente consensual o coactiva que debe imperar en la operacionalización de esta fórmula organizativa, que al fin y al cabo como sostiene MOREL OCAÑA (1998) persigue "transformar la interdependencia fáctica en una situación de interdependencia jurídica, y ello, para que pueda alcanzar un ahorro de medios, un mejor resultado y sobre todo un resultado mejor y distinto".

Cabe finalmente señalar que dependiendo del método que se adopte se hablará de una coordinación horizontal o vertical, de tal suerte que cuando se respeta la relación de paridad entre los órganos coordinados, de tal modo que todos son al mismo tiempo coordinado y coordinadores, la fórmula organizativa será horizontal; en cambio, cuando el ordenamiento jurídico erige a uno de los órganos o entes en coordinador, otorgándole una posición de primacía respecto a los demás la coordinación será vertical. En todo caso, hay que convenir en que la coordinación, independientemente de que sea diseñada horizontal o

verticalmente por el ordenamiento jurídico respectivo, consiste en general, en términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en la "fijación de medios y sistema de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias".

10.10.4. **La regulación normativa de la coordinación en Venezuela.** Cabe comenzar señalando que la Constitución de 1999 no eleva a la fórmula organizativa de la coordinación a un principio de la Administración Pública, ni tampoco contiene una regulación sistemática de la misma, no obstante en varios de sus artículos, se refiere a ella. Así, por ejemplo, en el artículo 164, numeral 10, establece que corresponde a los Estados en **coordinación** con el Ejecutivo Nacional, la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales; en el artículo 320 estatuye que la actuación **coordinada** del Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional se dará mediante un **acuerdo anual de políticas**. Además se crean órganos especiales de **coordinación** a nivel nacional y estadal, como el Consejo Federal de Gobierno para planificar y coordinar las políticas y acciones para el proceso de descentralización (art. 185), y el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador del Estado (art. 166).

De modo, pues, que es posible inferir de la Constitución la voluntad de consagrar en el ordenamiento jurídico la fórmula organizativa de la coordinación, la cual deberá encontrar su desarrollo en las leyes correspondientes.

Por otra parte, en la Ley Orgánica de la Administración Pública aparece consagrada la fórmula de la coordinación, pero al parecer la misma no obedece a una concepción doctrinaria precisa, pues en el artículo 76, numeral 2, atribuye a los Ministros, como máximos jerarcas de la Administración Central (Ministerios), las potestades de orientar, diri-

gir, **coordinar,** supervisar y controlar las actividades de los respectivos Ministerios, lo que pone de manifiesto la vigencia de la tesis soslayada por la mayoría de la doctrina, que concibe a la coordinación, no como una fórmula organizativa independiente, esto es, como un rasgo o atributo de la jerarquía. En ese mismo sentido es consagrada en el artículo 49, numeral 2, ejusdem, que atribuye al Vicepresidente Ejecutivo la función de coordinar la Administración Pública Nacional central y descentralizada funcionalmente

En cambio, en el artículo 71 ejusdem, se faculta al Presidente de la República para crear Comisiones Presidenciales o Interministeriales, permanentes o temporales, que pueden tener por objeto la coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos Ministerios. Así mismo en el artículo 67 se atribuye a los Gabinetes Sectoriales, entre otras funciones, la de coordinar las actividades que comprometan la acción de diversos Ministerios y otros entes públicos.

De modo, pues, como se afirmó precedentemente, que en el caso de los artículos 76, numeral 2, y 49, numeral 2, la coordinación es concebida como un atributo de la relación de jerarquía; en cambio, en los restantes artículos citados de la LOAP, es conceptuada como fórmula organizativa independiente, y en los casos de las Comisiones Presidenciales y de los Gabinetes Sectoriales se opta por el método de preservar la relación de paridad o igualdad, de tal suerte que el diseño de coordinación será el resultado del acuerdo de voluntad de los órganos coordinados. En todo caso, lo que silencia esta Ley son los instrumentos que se utilizarán para la coordinación de las actividades de los diversos órganos involucrados, que bien podrían ser las directivas, los planes y los programas.

10.10.5. **El principio de coordinación consagrado de manera general en la Ley Orgánica de la Administración Pública.** En el acápite anterior hicimos un “paneo” por las normas de la LOAP, que de manera puntual regulan a la coordinación, y pudimos derivar ciertas

conclusiones en el marco de la doctrina, no obstante es preciso subrayar que dicho texto legislativo en su título denominado “Principios y bases del funcionamiento y organización de la Administración Pública”, trae una previsión que pretende consagrar ese principio, en los siguientes términos:

> *Art. 23 “Las actividades que desarrollen los órganos y entes de la Administración Pública estarán orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, para lo cual* ***coordinarán*** *su actuación bajo el principio de unidad orgánica.*
>
> *La organización de la Administración Pública comprenderá la asignación de competencias, relaciones, instancias y sistemas de coordinación necesarios para mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución y la ley”.*

En realidad la lectura del dispositivo transcrito en el contexto del marco conceptual expuesto precedentemente, pese a que está ubicado en un Título destinado a regular principios, no permite inferir la verdadera orientación que sobre la coordinación pretende consagrarse en la ley, en virtud de que es tan vago y genérico que no posibilita el esclarecimiento de los aspectos nodales de esta fórmula organizativa detectados por la doctrina, tales como si forma parte o no de la jerarquía, o si por el contrario son fórmulas excluyentes, pues de la expresión “coordinarán su actuación bajo el principio de unidad orgánica” no es posible derivar ninguna conclusión al respecto.

Mas aún: la referida expresión no pareciera apuntar hacia una concepción teórica clara, pues como expusimos antes, uno de los presupuestos de la coordinación es la existencia de órganos y entes diferenciados tanto estructural como funcionalmente, que en atención a la consecución de un objetivo unitario, por cualquiera de los dos métodos antes señalados, diseñan el esquema de coordinación; luego, no resulta claro a qué se pretende aludir con la coordinación cuando es referida al “principio de

unidad orgánica", salvo que se trate de una frase, como parece ser, que no obedezca a una clara connotación conceptual, cuando pretende referirse a la fórmula organizativa de la coordinación, pues ésta por el contrario –insistimos– supone una pluralidad orgánica, que es la que constituye precisamente el presupuesto de la necesidad de armonizar actividades en torno a un objetivo unitario.

Un poco más de sentido tiene el segundo párrafo que ordena que en la organización de la Administración Pública deben establecerse sistemas de coordinación para "mantener su orientación institucional de conformidad con la Constitución y la ley"; sin embargo peca de ambiguedad porque no llega a precisar la finalidad de la consagración de esos sistemas, dado que cuando los remite a la "orientación institucional de la Administración", en realidad no dice nada en términos jurídicos operativos, porque de lo que se trata es que se instauren dichos sistemas para optimizar el funcionamiento de la Administración, o como afirma Morel Ocaña, para alcanzar un ahorro de medios, un mejor resultado y sobre todo un resultado nuevo distinto y mejor, con las actividades realizadas por los órganos y entes coordinados.

En definitiva, en ese principio debió quedar esbozado, por lo menos, la concepción de coordinación que deberá privar en el ordenamiento jurídico venezolano, el método o los métodos para llevar a cabo la coordinación, la finalidad de esta fórmula organizativa, y los instrumentos utilizados para adoptar las decisiones por parte de los órganos coordinados. La ausencia de esos indicadores crea un enorme margen de incertidumbre sobre una fórmula organizativa, ya de suyo, polémica y compleja, máxime cuando el proceso de descentralización que deberá acelerarse, seguramente erigirá en órganos coordinadores a órganos de los entes territoriales (República, Estados y Municipios). Quizás esos defectos en la consagración del principio expliquen el porqué de la inexistencia de una línea coherente, desde el punto de vista doctrinario, cuando se regula la coordinación en los distintos artículos de la LOAP que examinamos anteriormente.

10.11. **La colegialidad.**

10.11.1. **Marco conceptual.** La colegialidad es la fórmula organizativa que alude a la actuación de los órganos cuya titularidad corresponde a más de una persona física. Actualmente su utilización resulta creciente, al punto que en la realización de la función legislativa, y gran parte de la judicial, se acude únicamente a esta fórmula, e igualmente también es usada con mucha frecuencia en el ámbito de la Administración Pública, mediante la institución de los órganos colegiados administrativos. Los autores justifican a la colegialidad sobre la base de dos argumentos, a saber : a) permite superar parcialmente las limitaciones físicas e intelectuales de las personas, en virtud de que la ponderación del interés público en juego, corresponde no a una sola persona, sino a un grupo de ellas, cada una de las cuales aporta su experiencia, su preparación intelectual, y en fin sus cualidades personales, variables estas que permiten compensar las debilidades o deficiencias en el manejo del interés público tutelado que puedan presentar algunos de los miembros del órgano colegiado, superando de esa manera la versión personalista y aislada de cada uno de ellos.

b) Le confiere primacía a los principios de transparencia y honestidad que deben presidir la actuación de la Administración Pública, en virtud de que permite presumir una mayor imparcialidad en las decisiones adoptadas, ya que frente al órgano unipersonal, el órgano colegiado posibilita que cada miembro pueda ejercer una especie de control frente a los restantes. Además un grupo de personas resulta menos susceptible de ser sometido a presiones, que una sola, lo cual abona en favor de la presunción de imparcialidad que acompaña a las decisiones de los órganos pluripersonales.

Cabe añadir en ese mismo orden de razonamiento que la Corte Constitucional Italiana en la sentencia 453 del 15-10-90, sostuvo que "en la base de la colegialidad o de los órganos colegiados está la exigencia de agregar en un contexto espacio-temporal una pluralidad de diversas com-

petencias (técnicas), o diversos centros de intereses (respectivamente representados por los miembros del colegio)".

Frente a las bondades indicadas de la colegialidad, un sector de la doctrina pone de manifiesto la inconveniencia de su uso, por las siguientes razones: a) por la lentitud de los órganos colegiados en el ejercicio de sus funciones, debido al procedimiento, por demás a veces extremadamente complicado, que necesariamente deben seguir para la formación de su voluntad; b) porque en la toma de decisiones por los órganos colegiados se diluyen las responsabilidades de las personas físicas que lo forman, y por tanto, existen menos riesgos de sufrir las consecuencias negativas de esas decisiones, razón por la cual el órgano puede adoptar decisiones que un órgano individual no adoptaría.

Cabe señalar que tal vez esta posición parece un tanto exagerada, pues la mayoría de los ordenamientos que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados contienen disposiciones muy precisas, destinadas a evitar que los integrantes de éstos puedan evadir la responsabilidad que les incumbe en la toma de decisiones. Una norma de este tenor aparece contenida en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que establece: "Los miembros de las Juntas Directivas o de los cuerpos colegiados encargados de la administración del patrimonio de las entidades a las que se refiere el artículo 4º, incurren solidariamente en responsabilidad administrativa cuando concurran con sus votos a la aprobación de pagos ilegales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que de tales acuerdos pudieren derivarse".

De modo, pues, que frente a las razones esgrimidas para postular la inconveniencia de la utilización de la colegialidad, parecieran privar las invocadas para reivindicar su utilización creciente, siendo esta la tesis predominante en los Derechos positivos, porque además la fórmula organizativa de la colegialidad en una época en que el derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, y más concretamente en la gestión pública (artículo 62 Const.), reviste carácter fundamental,

facilita los mecanismos para tornar operativo dicho derecho, mediante la incorporación a determinados órganos administrativos a representantes de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, etc.

Es preciso subrayar que la voluntad del órgano colegiado se forma por la concurrencia de las voluntades de todos sus integrantes, los cuales pueden representar intereses distintos, sin que por ello el acto que emanen deje de ser simple, o sea, que la participación en la emanación de esa voluntad de la referida pluralidad de miembros, no convierte el referido acto en complejo. Por otra parte, los órganos colegiados administrativos pueden cumplir distintos tipos de funciones, y al respecto resulta ilustrativo el artículo 38.1 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de España, cuando define este tipo de órganos en los siguientes términos: "son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones **administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control**, y que actúen integrados en la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos" (énfasis añadido). De modo, pues, que de conformidad con el precepto transcrito de la Ley española, los órganos colegiados funcionalmente pueden ser activos, consultivos y contralores.

10.11.2. **La representación de los "intereses particulares" en los órganos colegiados.** Es cierto que una de las finalidades fundamentales de la colegialidad es realizar una composición preventiva de conflictos potenciales o actuales de los intereses representados por los integrantes del órgano, lo que a su vez contribuye a que la actuación de éste resulte más ponderada, y en definitiva ajustada a la tutela del interés público que conforme a la Ley le corresponde preservar, de tal suerte que la referida composición de esos intereses particulares, siempre estará en función de la tutela del interés general. Esa finalidad asignada a los órganos colegiados constituye la explicación de la creación de un gran número de órganos colegiados en los que se encuentran representados distintos intereses (trabajadores, empleadores, campesinos, estudiantes, profesores, consumidores, etc.).

Sin embargo, debemos señalar que existen órganos colegiados en los cuales no participan representantes de los mencionados sectores, en virtud de que están integrados exclusivamente por funcionarios públicos, ya que también tutelan el interés general, pero de manera objetiva, razón por la cual la doctrina italiana prefiere sostener que cuidan "intereses objetivos", porque no son susceptibles de ser identificados con ninguna categoría de sujetos, ni con ordenamiento seccional o particular alguno, y por tanto, ninguna persona natural ni jurídica puede atribuirse su representación. En ese caso la actuación del órgano colegiado, no tiene como objetivo la composición preventiva de intereses particulares, sino tutelar más ponderadamente los referidos intereses objetivos, pues según SANDULLI (1974) "el ordenamiento considera que tal vez el ejercicio de determinada función es mejor realizado mediante la visión que de la misma puedan tener varias personas, que atendiendo a la visión de una sola". Son ejemplos de órganos colegiados de esta clase, el Consejo de Ministros, el Consejo de Estado, los jurados de los concursos de oposición, los Gabinetes Sectoriales, etc.

10.11.3. **Método de integración de los órganos colegiados.** Tanto la elección como la designación son los métodos usuales para llegar a integrar órganos colegiados administrativos. La designación, es el acto mediante el cual un órgano unipersonal o colegiado nombra a uno o a varios titulares de otro órgano colegiado. La actuación del designante puede ser discrecional, si carece de límites para seleccionar a los titulares de los órganos colegiados, por supuesto que siempre podrán existir límites materiales, verbigracia requisitos de edad, de preparación intelectual, profesional, etc., establecidos legal o estatutariamente, pero cuando aludimos a la potestad discrecional nos referimos a la libertad que tiene para seleccionar a los designados, siempre que ellos cumplan esos requisitos, si son exigidos legalmente. Así por ejemplo actúa el Presidente de la República para designar a los miembros de un Consejo Nacional o de una Comisión Presidencial (art. 70 y 71 LOAP), o el Ministro de Educación, al delegado de ese Ministerio ante los Consejos Universitarios de las Universidades Nacionales.

Pero en otros casos el designante ejerce dicha potestad en forma condicionada, en virtud de que debe hacer el nombramiento de los titulares del órgano a proposición de otra persona jurídica, como ocurre con el Consejo Directivo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual los representantes de los patronos, de los asegurados y de la Federación Médica Venezolana, son designados por el Presidente de la República a proposición de FEDECÁMARA, de la Confederación de Trabajadores de Venezuela y de la Federación Médica de Venezuela respectivamente. O sea, que el Presidente está obligado a designar como titulares únicamente a los candidatos propuestos por los mencionados entes, sin poder hacer ningún tipo de cambio.

En algunas oportunidades los instrumentos normativos a los fines de ampliar el espectro de selección del designante, establecen que el proponente en lugar de un candidato presente una quinaria (cinco candidatos) o una terna (tres), de los cuales el facultado pueda escoger al titular del órgano colegiado que representará los intereses de la institución proponente.

La elección es el otro método fundamental para integrar los órganos colegiados, y como su nombre lo indica, tendrán derecho a formar parte de esos órganos los que resulten vencedores en los respectivos procesos electorales. Es el método típico de integración de los órganos colegiados de las universidades, de las Academias y de los Colegios Profesionales. También puede asumirse la titularidad en los órganos colegiados "ope legis" esto es, por ser titular de un órgano unipersonal, como ocurre con los Ministros, los cuales son por obra de la Constitución, miembros del Consejo de Ministros, o el Rector de una Universidad, que de conformidad con la Ley de Universidades, es a su vez miembro del Consejo Nacional de Universidades y del respectivo Consejo Universitario.

10.11.4. **Presidente y miembros de los órganos colegiados.** No puede existir órgano colegiado sin presidente, en virtud de que este es el

encargado de garantizar su funcionamiento, y como sostiene la doctrina pese a que entre los restantes miembros del órgano y el presidente no es posible predicar relación de jerarquía alguna, éste en virtud de las funciones que tiene asignadas en el funcionamiento del órgano es un "*primus inter pares*". En realidad no existe una regla única para investir al presidente, pues algunas veces puede tener su origen en la misma ley, otras, puede derivar de la potestad de la autoridad que designa al órgano colegiado, o bien puede resultar de la elección interna de los miembros del colegio, o de la elección directa por parte de los electores correspondientes.

Ahora bien, debido a la posición de primacía que detenta el presidente, tiene asignada las competencias de convocar al órgano, fijar la agenda u orden del día, dirigir las deliberaciones, concediendo o negando el derecho de palabra, de conformidad con las previsiones legales o estatutarias, establecer el orden de las votaciones, y en fin le corresponde dirigir el procedimiento de formación de la voluntad del colegio. Además se suele establecer en los instrumentos normativos que en caso de empate su voto tenga carácter dirimente. En general, carece de potestad disciplinaria sobre los integrantes del órgano colegiado, pero en cambio si le corresponden, según los casos, las funciones de policía (resguardo del orden y la seguridad en el seno del órgano mediante los cuerpos creados a tal fin).

Los miembros del órgano colegiado tienen como derechos fundamentales participar en las deliberaciones y votar, y en función de ello también detentan el derecho de ser convocados y obtener el orden del día con la debida antelación, así como obtener la información que resulte necesaria para poder deliberar sobre los puntos que figuran en el orden del día. También cuenta este tipo de órganos con el secretario, que según los respectivos ordenamientos puede ser miembro o no de los mismos, y le corresponde esencialmente la función de practicar las convocatorias de los miembros y la de documentación: elaborar las actas de las sesiones y expedir certificaciones de los acuerdos del órgano, y en general realizar todas las actividades propias que conciernen a la función de secretaría.

10.11.5. **El funcionamiento de los órganos colegiados (procedimiento).** El procedimiento que permite a los órganos colegiados emanar sus decisiones, se desagrega en las siguientes fases:

a) **La convocatoria**. Es el acto mediante el cual el Presidente del órgano notifica formalmente a sus integrantes la oportunidad y el lugar de la sesión o sesiones. Su finalidad esencial es lograr la regular constitución del órgano mediante la participación de todos y cada uno de sus miembros, de manera tal que pueda garantizarse que en la sesión estén presentes todos los intereses representados en el órgano. Por lo demás sólo si el colegio ha sido válidamente convocado podrán imputárseles los actos que adopte. Dicho de otro modo, las deliberaciones, pero sobre todo los resultados de las mismas, no podrán ser imputados al órgano –y en definitiva– a la persona jurídica, si previamente no se ha producido la convocatoria en los términos establecidos legalmente, razón por la cual en ese caso (falta de convocatoria o convocatoria irregular) el acuerdo o resolución (resultado de la deliberación) debe reputarse nulo. No obstante, existe una tendencia doctrinaria que postula que la irregularidad en la convocatoria no causa la nulidad de la decisión del órgano, si en la correspondiente sesión participan todos los miembros del Colegio, sin que produzcan disensos sobre el acuerdo adoptado.

El régimen jurídico de la convocatoria y en definitiva del procedimiento aparece consagrado en el respectivo instrumento normativo; sin embargo, en principio, como se expresó precedentemente, corresponde al Presidente del órgano colegiado hacer la convocatoria, mas nada obsta para que se establezca que dicha convocatoria pueda ser solicitada por un número determinado de miembros, y entonces el Presidente estará obligado a hacerla. La convocatoria resulta innecesaria cuando previamente sea fijado por el propio órgano el día, la hora y la periodicidad de las reuniones.

b) **El orden del día o agenda**. Con este término se indica la especificación de las materias, así como el orden en que serán tratadas en la

reunión del órgano. Debe ser conocido con la debida anterioridad por los integrantes del colegio. Usualmente se suele remitir con la convocatoria. También, como principio, cabe señalar que su elaboración corresponde al Presidente, y en la mayoría de los casos, salvo disposición en contrario del correspondiente instrumento normativo, debe ser aprobado previamente por el órgano, quien tiene la facultad de modificarlo. La doctrina suele hablar del principio de inmutabilidad del orden del día, en el sentido de que únicamente pueden ser tratadas las materias que han sido incluidas en el mismo en forma originaria, o como producto de la modificación, en ambos casos aprobado por el órgano colegiado.

El aludido principio atiende a la idea de evitar sorpresas a los integrantes del colegio, quienes conocen con anterioridad los asuntos que deben debatir, lo que les permite informarse y prepararse previamente, de tal manera que al emitir su voto lo hacen con suficiente conocimiento del asunto. Es verdad que el Presidente está facultado en la mayoría de los ordenamientos para proponer asuntos a última hora por razones de urgencia, pero también es verdad que corresponderá al pleno aprobar o negar la inclusión de esos asuntos en el orden del día.

c) **El número legal o "quórum"**. Para que el órgano colegiado pueda iniciar válidamente la sesión, así como para que pueda funcionar, se requiere la presencia de un determinado número de miembros. Es así como la doctrina suele hablar de colegio real o perfecto, cuando es exigida la presencia de la totalidad de los miembros, y de colegio virtual, cuando se requiere únicamente la presencia de un determinado número de ellos. En este caso la ausencia de algunos de los integrantes no conduce a la nulidad de las sesiones, y de los actos que se adopten, siempre que se haya logrado el número establecido en la Ley, o lo que es lo mismo el denominado "quórum estructural", que es el número de miembros, indicado legal o reglamentariamente, que deben estar presentes en la sesión para que el órgano se pueda instalar. Algunos autores suelen diferenciar este quórum, del "funcional", o sea, el número necesario de miembros para que el órgano una vez instalado pueda

funcionar, no obstante, en la gran mayoría de las veces el quórum estructural es idéntico al quórum funcional.

En la búsqueda de la eficiencia –la cual resulta afectada por lo complicado del procedimiento– de los órganos colegiados, los instrumentos regulatorios de éstos, suelen desechar al denominado "colegio real o perfecto", y consagran al "colegio virtual", pues aunque el primero responde más a la finalidad de la colegialidad, porque comporta la presencia de todos los intereses representados, su utilización puede conducir a la paralización de esta clase de órganos administrativos, además de que fácticamente otorgaría a uno o más miembros un poder de veto, pues bastaría con que uno de ellos deliberadamente no asistiera, o se retirara de la sesión, para que el órgano se viera impedido de adoptar cualquier decisión; situación ésta que sería contraria al principio democrático imperante en todo Ordenamiento Jurídico.

De otra parte, a los fines de garantizar la continuidad y la regularidad en el funcionamiento de los órganos colegiados, en la mayoría de ellos existe la figura de los suplentes, quienes cubren las faltas accidentales, temporales y absolutas de los principales. Asimismo se complementa dicha figura con la caducidad del mandato y el establecimiento de sanciones administrativas o disciplinarias para los integrantes de los órganos administrativos que dejen de asistir injustificadamente a un determinado número de sesiones a las que sean debidamente convocados.

Pese a la idea de regularidad que acompaña a los órganos colegiados, nada obsta para que en los mismos opere –sobre todo en aquellos en que sus integrantes son elegidos– lo que en términos parlamentarios se denomina "rompimiento del quórum", que es la situación que se configura como producto del retiro deliberado e intempestivo de uno o más miembros de la sesión del órgano, cuando esas ausencias resultan determinantes para completar el quórum de funcionamiento, lo que impide que los restantes miembros lleguen a configurar el número exigido legalmente (quórum), razón por la cual necesariamente debe suspenderse la

sesión. De esta manera los que se retiran evitan que por lo menos temporalmente se apruebe determinada moción o proposición.

d) **Las deliberaciones**. Según GIANNINI (1991) el término deliberación tiene un doble significado, por cuanto alude al momento dinámico de la actuación del órgano (las discusiones de los puntos contenidos en el orden del día), así como también al resultado final de dicha actuación, esto es, lo que suele denominarse "lo deliberado", que se traduce en actos, decisiones o resoluciones. El primer significado está referido a la fase de formación de la voluntad del órgano, y en ella se analizan, atendiendo a los mecanismos previstos en los respectivos instrumentos normativos, los puntos de la agenda. De dicho análisis se derivarán las proposiciones que finalmente habrán de ser aprobadas o improbadas por el órgano colegiado, dando lugar a la emanación de la voluntad del mismo.

En esta fase se suelen disciplinar el orden de las intervenciones de los miembros, así como su número y naturaleza, la tipificación de las faltas a las reglas del debate y las sanciones correspondientes. Además de las mociones ordinarias, resulta muy importante regular aquellas que se consideran con preferencia a las materias que se discuten, entre las cuales cabe mencionar a las "mociones de orden", de "información", de "diferimiento" y de "cierre del debate". Resulta claro que existen principios reguladores de esta fase del procedimiento que rige a los órganos colegiados, pero los mismos no pueden ser extendidos a todos ellos; por tanto, se impone revisar caso por caso, los correspondientes instrumentos normativos, para así conocer los mecanismos que la rigen en forma particular, en cada órgano colegiado.

e) **La votación**. Es la fase del procedimiento en la cual el órgano expresa sus determinaciones en relación a la materia objeto de la deliberación. Puede ser tácita o expresa. Es expresa cuando, como su nombre lo indica, se requiere que se concrete por parte de los integrantes del órgano en forma oral, escrita o por gestos o signos. Es tácita, cuando

una vez formulada una proposición, no es objeto de consideración alguna, razón por la cual se considera aprobada por unanimidad, en virtud de que el silencio opera como una presunción de aprobación. En esta fase los miembros del órgano pueden votar una proposición afirmativa o negativamente, pueden abstenerse de votar, o pueden salvar su voto, según las previsiones normativas reguladoras del órgano, pues hay algunos casos en los que únicamente se admite el voto afirmativo y el voto salvado, como ocurre en los órganos jurisdiccionales colegiados regulados por la aún vigente parcialmente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Debido a lo delicado de esta fase del procedimiento que regula el funcionamiento de los órganos colegiados, resulta indispensable ajustarse al instrumento normativo que rige al respectivo órgano, pues a menudo suelen presentarse discusiones acerca de la forma de computar la abstención y el voto salvado a los fines de determinar si una proposición fue aprobada o negada, en virtud de que algunos reglamentos establecen, por ejemplo, que el voto salvado es neutro, es decir, que no se cuenta ni a favor ni en contra, pero otros, en cambio, estatuyen que es un voto negativo, o sea, contrario a la proposición sometida a votación. Una situación parecida se presenta en el caso de los que se abstienen, pues algunos sostienen que no deben ser contados a los efectos de determinar la mayoría, y otros opinan lo contrario. En fin, será el reglamento o estatuto el que permitirá esclarecer en cada caso este tipo de situaciones.

De allí porqué resulta indispensable contar con un instrumento que reglamente expresa y explícitamente esta fase del procedimiento. La votación en términos generales es pública, pero los estatutos o reglamentos pueden establecer que en determinados casos sea secreta, o bien una determinada mayoría puede proponer que una votación normalmente pública, pase a tener el carácter de secreta, si así está contemplado en el reglamento. Usualmente la votación pública puede realizarse mediante diferentes métodos: nombrando a los miembros y requiriéndoles que expresen verbalmente su voto, a mano levantada, por aclamación, por división física, en el caso de órganos asamblearios, entre los que están en

contra y a favor de la moción sometida a votación. En cambio la votación secreta, como su nombre lo indica, es aquella que se hace mediante mecanismos (tarjetas, medios electrónicos, etc) que arrojan el resultado de la votación, sin permitir identificar a los que votaron a favor o en contra de la proposición.

En esta fase resulta muy importante que los reglamentos o estatutos definan, en primer lugar, los distintos tipos de mayoría para aprobar mociones, y en segundo lugar, los casos en que se requiera obtener cada una de esas clases de mayoría para considerar aprobada una moción. Pues bien, en general esos instrumentos normativos suelen referirse a tres tipos de mayoría: **absoluta**, la cual es definida en el caso de que el número de integrantes del órgano sea **par**, como la mitad más uno de los miembros que lo integran (50: mitad 25+1 = 26). Si es **impar**, como la mitad más uno del número par inferior al de la totalidad de los miembros (51: número par inferior: 50: mitad: 25+1 = 26).

La mayoría calificada es definida como cualquier número superior a la mayoría absoluta; sin embargo, los números más utilizados son los que se corresponden con las dos terceras partes (66%) y las tres cuartas partes (75%). **La relativa** es definida como el mayor número de votos que obtenga una proposición o un candidato en una votación, independientemente del número de votos que obtengan las otras u otros, aunque sea uno menos. Igualmente resulta necesario revisar el marco regulatorio de cada órgano, porque las referidas mayorías pueden ser computadas teniendo en cuenta a la totalidad de los integrantes del órgano, o a una parte de ellos, esto es, de los miembros presentes en la sesión en que se vota la proposición.

En fin, a los efectos de la determinación de la validez de las decisiones de los órganos colegiados es necesario establecer si las mismas resultan aprobadas con la mayoría (absoluta, calificada o relativa) exigida en el Reglamento, para lo cual debe tomarse muy en cuenta –insistimos– la determinación acerca de si el cómputo debe hacerse sobre la

base del número de miembros del colegio, o de los presentes en la sesión en que se adopta la decisión. Así, por ejemplo, el quórum de funcionamiento de la Asamblea Nacional está constituido por la mayoría absoluta de sus **integrantes** (art. 221, único aparte, Const.); en cambio la admisión de las leyes orgánicas que no sean por denominación constitucional, requiere contar con el voto de las dos terceras partes de **los presentes** en la sesión (art. 203, primer aparte, Const.).

f) **El acta de la sesión**. Es el instrumento de carácter histórico documental en el cual se recoge el desenvolvimiento de la sesión y los hechos que se verificaron en ella. Debe contener los puntos principales debatidos en la reunión, así como el número de votos a favor y en contra de cada proposición o moción discutida. La descripción anterior se corresponde más con la de un órgano parlamentario, pero siempre hemos sido partidarios de que los órganos administrativos elaboren un tipo de acta funcional, caracterizada por su sencillez y operacionalidad, que contenga únicamente los miembros asistentes e inasistentes a la sesión, las circunstancias de lugar y tiempo en que se celebró, los puntos de la agenda y las proposiciones formuladas (aprobadas y negadas), sin necesidad de recoger el contenido de las deliberaciones (discusiones), salvo que algún miembro solicite expresamente que se deje constancia en acta de su intervención, lo cual se hará en forma resumida.

En algunos ordenamientos se permite, si algún miembro lo exige, que el acta recoja la transcripción íntegra de su intervención, pero en ese caso está obligado a presentar un texto escrito, en un término perentorio fijado por el Presidente o el Reglamento, que deberá coincidir con su intervención oral. Si el órgano estima que esa coincidencia no está presente en el referido escrito, entonces no podrá ser incorporado al acta. Lógicamente también deberá reflejarse en el acta el contenido de los votos salvados, negativos y abstenciones, si los hubiere.

Ordinariamente el acta se suele aprobar en una sesión posterior, pero las decisiones adoptadas atendiendo al principio de ejecutividad

de los actos administrativos se llevan a cabo inmediatamente, sin necesidad de esperar la referida aprobación, inclusive aún antes de esa aprobación el Secretario podrá emitir certificaciones, dejando constancia en las mismas de la circunstancia de la falta de aprobación del acta. Debe quedar claro que en la sesión en la que se apruebe el acta, únicamente se podrán hacer correcciones de forma, pues no puede pretenderse, por ejemplo, cambiar el sentido de un acuerdo, salvo que se trate de un error material, ya que el acto se considera válido –insistimos– desde el mismo momento en que es aprobado por el órgano.

Queda únicamente por expresar que el acta es el documento fundamental para apreciar la validez de los actos adoptados por los órganos colegiados, y por tener el carácter de un documento administrativo, puede ser desvirtuada acudiendo a cualquier medio de prueba de los admitidos en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. Ahora bien, pareciera que las actas como tales, es decir, como documentos que certifican el desarrollo del procedimiento que origina los correspondientes acuerdos, no resultan impugnables; en cambio no cabe duda que esos acuerdos o actos si resultan susceptibles de ser anulados por los órganos contencioso administrativos, y en el curso del procedimiento de anulación es posible invocar la falta de validez del acta en que aparece recogido el acto impugnado.

g) **El "levantamiento de la sanción"**. Esta es una figura utilizada todavía en algunos órganos colegiados, mediante la cual, siempre que se cuente con una mayoría calificada, es posible que el órgano de oficio, o a solicitud de la parte interesada, revoque una decisión anterior. El mecanismo que quizás pudo tener plena justificación en la época anterior a la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), debiera ser totalmente eliminado del procedimiento de formación de la voluntad de los órganos colegiados administrativos, pues, en primer lugar, no está previsto ni en la LOPA ni en ninguna otra Ley que regule otro procedimiento administrativo especial; en segundo lugar, debe reconocerse que la citada Ley contiene el sistema de recursos adminis-

trativos, lo que permite a los afectados por una decisión de un órgano colegiado administrativo, impugnarla mediante los recursos administrativos (reconsideración, jerárquico y de revisión), e inclusive, otorga a la Administración la potestad de anular de oficio sus propios actos, siempre y cuando estén afectados por un vicio de nulidad absoluta, así como la potestad revocatoria que puede ejercer cuando los actos no afecten los derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares.

En tercer lugar, la existencia del "levantamiento de la sanción" ha conducido en muchos casos a lesionar el régimen jurídico del recurso de reconsideración, pues algunos órganos colegiados confunden este recurso con el levantamiento de sanción, y pretenden exigir para declararlo con lugar la misma mayoría calificada que se estila requerir para el "levantamiento de la sanción", lo que evidentemente resulta un contrasentido y una flagrante infracción a la LOPA y; en cuarto lugar, la utilización de este mecanismo, sobre todo en organismos dotados de una gran autonomía, como en el caso de las Universidades, puede conducir a claros ejemplos de arbitrariedades.

Por las razones expuestas, estimamos que el mecanismo denominado "levantamiento de la sanción" debe desaparecer de los órganos colegiados administrativos en Venezuela, pues si el acto del órgano colegiado administrativo no ha afectado ni los derechos subjetivos ni los intereses legítimos de ningún administrado, entonces sobre la base de lo preceptuado en el artículo 82 de la LOPA, y sin necesidad de requerir de mayoría calificada alguna, el órgano colegiado puede revocar válidamente el acto. Y en caso de que sí haya producido la lesión de una de estas situaciones subjetivas de ventaja, entonces sólo podrá anularlo, también ajustándose a la LOPA, siempre y cuando el acto esté afectado de un vicio de nulidad absoluta.

Fuera de los mencionados casos no resultará válido legalmente revocar o anular ningún acto previamente adoptado, acudiendo al expediente superado del "levantamiento de la sanción". Debe quedar claro

que toda la argumentación anterior está referida a la proscripción de la figura denominada "levantamiento de la sanción" en los órganos colegiados administrativos, pues nada obsta, en nuestro criterio, dada la naturaleza y especialidad de la función y el procedimiento legislativo, para que pueda ser consagrado en los reglamentos parlamentarios.

10.11.6. **La colegialidad en el ordenamiento jurídico venezolano.** Es necesario dejar sentado que pese a la proliferación de órganos colegiados administrativos en Venezuela, ninguna ley consagra , como ocurre en otros países, los principios generales de esta fórmula organizativa, pues si bien es cierto que la tendencia en el Derecho Comparado se orienta hacia la idea de que estos órganos elaboren por vía reglamentaria o estatutaria su régimen de funcionamiento, esa reglamentación obedece a los principios generales contenidos en las leyes, bien de procedimientos administrativos o las que regulan la organización de la Administración Pública. Pues bien, resulta lamentable que en la Ley Orgánica de la Administración Pública ni siquiera aparezca asomado el concepto de colegialidad, y mucho menos los principios generales que informan a esta fórmula organizativa, es decir, no haya sido regulado como principio organizativo, lo que constituye una ostensible omisión, en virtud de que en dicho texto legislativo son reguladas casi todas las restantes fórmulas organizativas que hemos estudiado a lo largo de este capítulo.

La necesidad de esa regulación después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 resulta más urgente todavía, en razón de que el texto constitucional mantuvo los órganos colegiados constitucionales con competencias administrativas (Consejo de Ministros), pero al mismo tiempo creó "ex novo" un conjunto de órganos de esa naturaleza, entre los cuales vale la pena destacar el Consejo de Estado (art. 251), el Consejo Federal de Gobierno (art, 185), el Consejo Moral Republicano (art. 273), el Consejo Nacional Electoral (art. 292), el Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 166) y el Consejo de Defensa de la Nación (art. 323), además de que la aprobación de un conjunto de decretos leyes durante el año 2001 ha originado y originará la creación de nuevos

órganos colegiados administrativos de rango legal. Por esa razón –insistimos– resultaba necesaria la mencionada regulación de los principios sobre la colegialidad en la citada ley, especialmente los referidos a la definición de los órganos colegiados, a las finalidades que deben perseguir, a su creación, modificación y supresión, a su clasificación, a los principios procedimentales y a los mecanismos concernientes a la investidura de los miembros y del Presidente de los mencionados órganos.

Por último, cabe señalar que el mencionado texto legislativo sí contiene algunas normas puntuales sobre la colegialidad referidas exclusivamente al Consejo de Ministros: Presidencia y Secretaría (art. 50 y 55), periodicidad de las reuniones ordinarias y convocatoria para las extraordinarias (art. 54), quórum de funcionamiento (art. 53), levantamiento del acta (art. 55), carácter secreto de las deliberaciones (art. 56), responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo por las decisiones adoptadas y votos salvados (art. 57). Es cierto que algunas de esas disposiciones normativas pueden ser aplicadas analógicamente, pero con muchas restricciones, debido al carácter especialísimo del órgano destinatario.

10.12. **Breve referencia al principio de cooperación y a las "Conferencias Sectoriales".**

10.12.1. **Premisa introductoria.** En el marco del denominado "federalismo cooperativo" o de ejecución, que según la Exposición de Motivos de la Constitución aparece diseñado en el texto constitucional, al cual aludimos brevemente en el punto 10.4.5.4.1. de este Capítulo, referido a los principios que deben orientar a las leyes de bases y de desarrollo, debe ser examinado, aunque sea muy brevemente, el **principio de cooperación,** en virtud de que es uno de los ejes que permite hacer realidad ese nuevo tipo de federalismo ("cooperativo"). Esa fue la tesis formulada por la doctrina mayoritaria española al analizar la Constitución y las leyes sancionadas para darle contenido al Estado español de base autonómica, que al parecer fue la fuente inspiradora en esta materia de los constituyentes de 1999.

No obstante, como expusimos en el referido punto, el desfase en la recepción de ese ordenamiento en la Constitución de 1999 complica bastante la formulación de una tesis hermenéutica que le de coherencia a las normas dispersas en el texto constitucional sobre el federalismo cooperativo y la descentralización, mediante las leyes de bases y de desarrollo. Sin embargo, en esa parte del libro esbozamos unos lineamientos preliminares en tal sentido, a los cuales remitimos a los lectores.

10.12.2. **El principio de cooperación.** A continuación haremos un resumen de la tesis esbozada por la doctrina española acerca del principio de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que tiende a llenar de contenido al modelo de Estado autonómico o de base regional. Lo primero que asienta esa doctrina es la diferencia de la operativización del principio de cooperación y las leyes de bases, inclusive esta tesis ha sido recogida en sentencias del Tribunal Constitucional; en cambio, nuestra Constitución establece que las leyes de bases deben estar orientadas, entre otros principios por el de cooperación.

Por otra parte, esa orientación doctrinal postula que la característica de la cooperación es que "la interdependencia entre los entes públicos puede y debe resolverse mediante el acceso de unos a la esfera jurídica de los otros, realizando en el entorno de la misma una prestación o prestaciones en beneficio de su titular" (MOREL OCAÑA, 1998). Este mismo autor señala que la cooperación puede estar referida tanto al ejercicio de competencias de alguno de los entes o de todos, o a los medios para un mejor ejercicio de la misma, y se concreta en el primer caso en que un ente o una Administración Pública ejecuta actividades que forman parte de la esfera de competencia de otro, pero sin sustituirlo ni en el ejercicio ni en la titularidad, pues se trata de que la cooperación consiste en realizar actividades correspondientes a una competencia ajena. Lógicamente la cooperación puede ser unilateral o recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero quizás donde se ha hecho más notoria, señala el citado autor español, es en relación el sector de los medios para ejercer la competencia, que pueden ser técnicos, económicos y personales.

Ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que la cooperación tiene un carácter voluntario, pues para que opere entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se requiere el consentimiento de ambos entes territoriales. En otros términos, sin acuerdo de voluntades no puede existir cooperación. Por esa característica se diferencia de la coordinación, la cual tiene carácter preceptivo, y como vimos antes puede ser vertical, lo que le confiere primacía al ente que coordina.

10.12.3. **Las Conferencias Sectoriales.** Es necesario señalar que la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, establece de manera general el deber de colaboración entre la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 4.5), y en el artículo 5, regula a las **conferencias sectoriales** como órganos mediante los cuales se torna operativo el aludido **principio de cooperación**. En efecto, el citado artículo 5, numerales 3, 4, 5, y 6 preceptúa:

> *5.3. "Los órganos de cooperación y de composición multilateral y de ámbito sectorial que reúnen a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Administraciones de las Comunidades Autónomas se denominarán* ***Conferencias Sectoriales****. El régimen de cada Conferencia es el establecido en el correspondiente acuerdo de institucionalización y en su reglamento interno.*
>
> *5.4. La convocatoria de la Conferencia se realizará por el Ministro o Ministros que tengan competencia sobre la materia que vaya a ser objeto de la Conferencia Sectorial...."*
>
> *5.5. Los acuerdos que se adopten en una Conferencia Sectorial se firmarán por el Ministro o Ministros competentes y por los titulares de los órganos de gobierno correspondientes de las*

Comunidades Autónomas. En su caso estos acuerdos podrán formalizarse bajo la denominación de Convenio de Conferencia Sectorial.

5.6. Las Conferencias Sectoriales podrán acordar la creación de comisiones y grupos de trabajo para la preparación, estudio y desarrollo de cuestiones concretas y propias del ámbito material de cada una de ellas" (énfasis añadido).

La lectura del dispositivo revela la naturaleza de órganos colegiados de las Conferencias Sectoriales, destinados a concretar el principio de cooperación, mediante la suscripción de acuerdos que pueden estar referidos al ejercicio de competencias en forma unilateral o recíproca, o a la prestación de medios técnicos, económicos y de personal para el ejercicio de determinadas competencias exclusivas de uno de los entes que suscriben el acuerdo. También en este caso la cooperación puede ser recíproca, tanto en lo referente al ejercicio de la competencia ajena, como en la prestación de los medios.

Igualmente se desprende del dispositivo transcrito parcialmente, que pueden existir tantas Conferencias Sectoriales, como sectores materiales en los que se establezca la necesidad de cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado, y el régimen jurídico de las mismas estará contenido en el Acuerdo de Institucionalización y en el Reglamento Interno. Por supuesto que la existencia y funcionamiento de estos órganos, al igual que los correspondientes acuerdos son el producto del consenso al que de manera voluntaria llegan ambos entes territoriales.

Debe añadirse que en ese mismo artículo (5.7) se prevé que a los fines de propiciar y profundizar la cooperación en ámbitos materiales específicos, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas pueden crear otros órganos, distintos a las Conferencias Sectoriales, de cooperación que reúnan a los responsables de la materia. Igualmente debemos añadir que en este último acápite nos hemos atrevi-

do a hacer un resumen acerca del principio de cooperación y del órgano principal mediante el cual se concreta, porque pensamos que puede ser un punto de partida para determinar su procedencia y operatividad en el marco del proceso de descentralización delineado en nuestra Carta Constitucional, habida cuenta que el numeral 1 del artículo bajo examen de la Ley Española estatuye de manera categórica que no tienen carácter de órganos de cooperación, aquellos órganos colegiados creados por la Administración General del Estado para el ejercicio de sus propias competencias, en cuya composición se prevea que participen representantes de las Comunidades Autónomas con la finalidad de consulta. Luego, a la luz de este marco conceptual sería pertinente analizar la naturaleza, por ejemplo del Consejo Federal de Gobierno y del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, los cuales están integrados por representantes del Poder Nacional, Estadal y Municipal, e inclusive por organizaciones de la sociedad civil, para determinar sí pueden considerarse como órganos de cooperación.

10.12.4. **El principio de cooperación en la Ley Orgánica de la Administración Pública.** El artículo 24 de la LOAP consagra ciertamente el **principio de cooperación**, pero en un sentido absolutamente distinto al que al parecer se desprende de los artículos 4 y 165 de la Constitución, que aluden al principio bajo examen, de los cuales deriva la Exposición de Motivos la tesis del "federalismo cooperativo". En efecto, el mencionado esquema normativo no hace más que repetir el deber de "colaboración orgánica" recogido en el artículo 136, aparte único, de la Carta Constitucional, sólo que en lugar de los órganos de las ramas del Poder Público figuran las Administraciones Públicas Nacional, Estadales , Metropolitana de la ciudad de Caracas y Municipales. El referido precepto es del tenor siguiente:

> *Art. 24: "La Administración Pública Nacional, la de los estados, la de los distritos metropolitanos y la de los municipios colaborarán entre sí y con las otras ramas de los poderes públicos en la realización de los fines del Estado".*

La lectura del dispositivo de la ley refuerza nuestra opinión, y quizás valga hacer valer en defensa de los legisladores que quizás confundieron el principio de colaboración delineado en el artículo 136 constitucional, muy importante para el funcionamiento institucional del Estado, con el principio de cooperación, el cual como ha quedado demostrado en los párrafos precedentes, es desde el punto de vista conceptual absolutamente diferente.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSI, RENATO. ***Principi di Diritto Amministrativo I***. Giuffré. Milano, 1974.

ALTAMIRA, PEDRO. ***Curso de Derecho Administrativo***. Buenos Airres, 1971.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. ***Gaceta Constituyente (Diario de Debates***. Octubre-noviembre 1999. Noviembre 1999-enero 2000). Caracas, 2000

ALTAMIRA, PEDRO. ***Curso de Derecho Administrativo***. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1971.

ARTEAGA, ALBERTO, A. BREWER y OTROS. ***Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. ***Organización Administrativa***. Tecnos. Madrid, 1984.

BACHELET, VITTORIO. ***Profili Giuridici della Organizzazione Amministrativa***. Giuffré. Milano, 1965.

BACHELET, VITTORIO. “Coordinamento”. En ***Enciclopedia del Diritto. Volume X***. Giuffré. Milano. 1962.

BLASCO ESTÉVE, A. "Normas Básicas Estatales y Leyes de Desarrollo de las Comunidades Autónomas". En ***Revista Española de Derecho Administrativo***. N° 33. Madrid, 1982.

BLASCO ESTÉVE, A ***"Sobre el concepto de competencias exclusivas"*** En ***Revista Española de Derecho Administrativo***. N° 29. Madrid, 1981.

BREWER, ALLAN; AYALA, CARLOS; LINARES, GUSTAVO; ROMERO, HUMBERTO y JORGE SÁNCHEZ. ***Leyes para la Descentralización Política de la Federación***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1990.

CABALLERO, JESÚS. ***Los Institutos Autónomos***. Fondo de Inversiones de Venezuela. Caracas, 1984.

CASSESE, SABINO. ***Trattato di Diritto Amministrativo. Tomo Primo***. Giuffré. Milano, 2000.

CARINGELLA, F., L. DELPINO Y OTROS. ***Diritto Amministrativo***. Simone. Napoli, 2001.

CASETA, ELIO. ***Manuale di Dirittto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

CERULLI, VINCENZO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Giapichelli. Torino, 1997.

COSCULLUELA MONTANER, LUIS. ***Manual de Derecho Administrativo***. Civitas. Madrid, 1993.

CHITI, MARIO Y GUIDO GRECO. ***Trattato di Diritto Amministrativo Europeo***. Giuffré. Milano, 1997.

D'AGOSTINO, FILORETO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

DE LAUBADERE, ANDRE. ***Traité de Droit Administratif. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.*** París, 1976.

DE VALLES, A. ***Teoria Giuridica della Organizzazione dello Stato.*** Cedam. Padova, 1931.

DIEZ, MANUEL. ***Derecho Administrativo***. Tomo I. Editorial Omeba. Buenos Aires, 1963.

DROMI, JOSÉ. ***Instituciones de Derecho Administrativo***. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983.

GALATERIA, LUIGI Y MASSIMO STIPPO. ***Manuale di Diritto Ammnisitrativo***. UTET. Torino, 1993.

GALLI, ROCCO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Cedam, Padova, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. ***Curso de Derecho Administrativo***. Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA TREVIJANO FOS, JOSÉ. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

GARRIDO FALLA, F. y JOSÉ FERNÁNDEZ. ***Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas***. Civitas. Madrid, 1993.

GIANNINI, MASSIMO. ***Derecho Administrativo***. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1991.

GÓMEZ REINO, ENRIQUE. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medios de Comunicación Social. En ***Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría***. Civitas. Madrid, 1991.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS; FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO Y OTROS. ***Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero***. Civitas. Madrid, 1999.

LÁRES MARTÍNEZ, ELOY. ***Manual de Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1996. Décima edición.

MARIENHOFF, MIGUEL. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1964.

MARONGIU, GIOVANNI. "Gerarchia Amministrativa". En ***Enciclopedia del Diritto***. Giuffré. Milano, 1969.

MAZZAROLLI, L, G. PERICU Y OTROS. ***Diritto Amministrativo I***. Monduzzi. Bologna, 1993.

MENÉNDEZ, PABLO. ***Las Potestades Administrativas de Dirección y de Coordinación Territorial***. Civitas. Madrid, 1993.

MOREL OCAÑA, LUIS. ***Curso de Derecho Administrativo***. Aranzadi. Pamplona, 1998.

MUÑOZ MACHADO, S. ***Derecho Público de las Comunidades Autónomas I***. Civitas. Madrid, 1982.

NIGRO, MARIO. ***Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione***. Giuffré. Milano, 1965.

ORTEGA, LUIS. ***El Régimen Constitucional de las competencias locales***. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1988.

PALEÓLOGO, GIOVANNI. "Organizzazione Amministrativa". En ***Enciclopedia del Diritto***. Giuffré. Milano, 1981.

PARADA, RAMÓN. ***Derecho Administrativo II***. Marcial Pons. Madrid, 1997.

PENAGOS, GUSTAVO. ***Curso de Derecho Administrativo***. *Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1988.*

PINIELLA SORLI, JUAN. ***Sistema de Fuentes y Bloque de la Constitucionalidad***. Bosch. Barcelona, 1994.

RIVERO, JEAN. ***Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

ROMANO, SANTI. ***Diritto Amministrativo***. Padova, 1937.

RONDÓN DE SANSÓ, H. ***Teoría General de la Actividad Administrativa***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981.

SAITA, N. ***Premesse per uno studio delle norme di organizzazione***. Giuffré. Milano, 1965.

SANDULLI, ALDO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Editorial Jovene Editore. Napoli, 1974.

SANTAMARÍA, JUAN. ***Fundamentos de Derecho Administrativo***. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Edición del Autor. Montevideo, 1963.

SCOTTO, IGNACIO. ***Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1998.

SILVA CIMMA, ENRIQUE. ***Derecho Administrativo Chileno y Comparado***. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1969.

TREVES. GIUSEPPINO. ***L' Organizzazione Amministrativa***. UTET. Torino, 1975.

VEDEL, GEORGE. ***Derecho Administrativo***. Aguilar. Madrid, 1980.

VIRGA, PIETRO. ***Diritto Amministrativo. I Principi***. Giuffré. Milano, 1995.

CAPÍTULO XI

LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL. EL RÉGIMEN MINISTERIAL Y LAS OFICINAS PRESIDENCIALES. LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA

11.1. **Marco conceptual.**

11.1.2. **Poder Ejecutivo, Gobierno y Administración Pública.** Antes de entrar a estudiar desde el punto de vista estructural a la Administración Central de la Administración Pública Nacional, consideramos necesario, debido a razones didácticas, realizar una revisión sucinta de varios conceptos que suelen estar asociados, tanto en el lenguaje coloquial como académico, a la Administración Pública. Así, en ese orden de ideas cabe señalar en primer término, al denominado **Poder Ejecutivo**, el cual muy probablemente aparece reflejado por primera vez con esa denominación en la formulación que hace Montesquieu en el libro "El Espíritu de las Leyes" publicado en 1748, de la tesis de la división o separación de poderes, que como dijimos en el Primer Volumen, es en cierto sentido una versión modificada de la teoría de la división de poderes expuesta en Inglaterra por John Locke en 1690, autor que de alguna manera la había inferido de las consecuencias que produjo la "Revolución Gloriosa", liderizada por O. Cromwell, es decir, de las nuevas relaciones de poder que se configuraron a raíz de esa revolución entre la Corona, el Parlamento y los Tribunales.

Pues bien, Montesquieu en su libro alude al Poder Legislativo, al **Poder Ejecutivo** y al Poder Judicial, correspondiéndole al segundo "**ejecutar**" la voluntad general del Estado, o mejor las leyes, concebidas como expresión de la voluntad general. Como se sabe uno de los principios políticos que sirvieron de base a la Revolución Francesa, fue el de la separación de poderes, lo que condujo a los revolucionarios triunfantes a reivindicar el monopolio de la potestad normativa para el Parlamento, quienes prontamente se vieron constreñidos a compartirla con el Gobierno, al aceptar que este órgano asumiese la competencia de reglamentar las leyes sancionadas por la Asamblea Parlamentaria, condicionándola a que los reglamentos estuviesen dirigidos exclusivamente a lograr la "ejecución" de las leyes; de modo, pues, que también por esa razón el Poder bajo examen recibe el nombre de "ejecutivo", y así pasó a la mayoría de las Constituciones.

Ahora bien, pareciera correcto plantear que desde el momento en que se admite la existencia del Estado aun en su forma más primitiva, debe igualmente aceptarse la existencia de la Administración Pública, por supuesto que ajustada a la concepción que sirva de base a cada clase de Estado, y sobre todo la estructura organizativa que adopte. Para ello basta observar el devenir histórico a partir del denominado Estado Moderno o de las Monarquías Absolutas, al cual correspondió una administración caracterizada por el intervencionismo, debido al predominio de la doctrina del mercantilismo (acumulación de metales preciosos); al Estado de Derecho que surge de la Revolución Francesa, al cual correspondió una administración "abstencionista", en virtud del predominio de la tesis del liberalismo económico, y al Estado Social de derecho, que surge de la necesidad de tutelar los derechos sociales, al cual correspondió una administración fuertemente intervencionista, y así sucesivamente.

La señalada estrecha relación entre el Estado y la Administración Pública, permite concluir que ésta no tiene un origen propio, pues existe en tanto en cuanto se asocia al Estado, pero lo más importante de destacar en este acápite es que desde el momento en que la tesis sobre la

división o separación de poderes encuentra consagración en una Constitución no escrita, como en el caso de Gran Bretaña, después de la "Gloriosa Revolución", o en una Constitución escrita, como en el caso de Francia, y demás países del continente europeo, después de la Revolución Francesa, la Administración **siempre es y continúa siendo parte del Poder Ejecutivo**, razón por la cual se suele identificar administración con Poder Ejecutivo, de tal suerte que histórica y conceptualmente dicha identificación no debe considerarse, en principio, incorrecta, no obstante, la misma requiere de algunas precisiones, que de seguidas pasamos a resumir.

Así como suele plantearse la identificación Poder Ejecutivo-Administración Pública, también es común postular la correspondiente a Poder Ejecutivo– gobierno, por lo que resulta válido, como en efecto sucede, atendiendo a una regla elemental de lógica, establecer igualmente una especie de relación de identidad entre gobierno y administración, y en definitiva entre gobierno, administración y Poder Ejecutivo. Interesa entonces abordar la tarea –siempre difícil– de intentar determinar si esas identidades existen, y en caso de existir si es posible establecer diferencias entre el gobierno y la administración, ambos integrados en el Poder Ejecutivo, y en ese orden de razonamiento debemos comenzar señalando que la doctrina italiana (CHELLI, 1994) formula varias definiciones de gobierno, basada en la amplitud de la connotación conceptual del término. Y es así como en sentido estricto, se afirma que el gobierno es el órgano colocado al vértice del Poder Ejecutivo, o de la estructura administrativa estatal; en sentido amplio, el gobierno es el conjunto de órganos que constituyen el vértice del Poder Central, o sea, los órganos constitucionales que realizan las funciones estatales, de tal suerte que en esta acepción formarán parte del gobierno no sólo el Poder Ejecutivo, sino también el Parlamento y el Poder Judicial, y en el marco de esa tesis, en el ordenamiento venezolano, integrarían al gobierno el Poder Electoral y el Poder Ciudadano.

Finalmente, del ámbito de la Politología surge una definición en sentido amplísimo, debido a que su base de sustentación radica en que el gobierno es el conjunto de poderes públicos constitucionales y de fuerzas organizadas de la sociedad civil y política, encargados de orientar y dirigir los desarrollos políticos de la comunidad nacional. Por supuesto que el examen del ordenamiento constitucional será el que permitirá determinar el concepto orgánico de gobierno que predomina en cada país.

Conviene hacer notar que la acepción predominante en la gran mayoría de los Estados, independientemente de la forma y el régimen que adopten constitucionalmente, es la primera enunciada, o sea, el órgano complejo colocado al vértice del Poder Ejecutivo o de la estructura administrativa estatal, el cual en los regímenes parlamentarios generalmente está integrado por el Presidente o Monarca, según el caso, el Primer Ministro, el Consejo de Ministros y los Ministros; y en los regímenes presidencialistas, por el Presidente de la República, el vicepresidente, en algunos casos, el Consejo de Ministros y los Ministros. Pese a los matices que admiten dichos regímenes, en términos generales se puede afirmar que esos suelen ser los órganos que forman el gobierno, dicho sea de paso, con competencias autónomas, pero al mismo tiempo son los máximos órganos de la Administración Pública estatal, razón por la cual debe concluirse que, desde **el punto de vista orgánico**, resulta correcta la identificación Gobierno– Administración Pública, y así mismo que ambos integran el Poder Ejecutivo.

Por lo tanto, la diferencia –siempre difícil de establecer– debe buscarse en el elemento funcional, y en tal sentido existe consenso doctrinal acerca de que la función esencial del gobierno es **la dirección política del Estado,** la cual se traduce en criterio de MORTATI (1976) “ en el conjunto de manifestaciones de voluntad en función del logro de un fin único, las cuales comportan la determinación de un impulso unitario y de coordinación a los efectos de que los múltiples cometidos estatales se desarrollen en modo armónico”. En todo caso la ejecución de esa política del Estado o política general, también bajo la orientación del gobierno, corresponde a la Administración Pública.

Precisamente esa relación formulación-ejecución de la política del Estado ha conducido a una parte de la doctrina española (DE LA MORENA, 1988), a sostener que el artículo 97 de la Constitución del mencionado país le da un tratamiento al Gobierno y a la Administración como un verdadero ***continuum***, "pues son menos separables que distintos y aun debe añadirse que no siempre son diferentes, pues si bien es verdad que el Gobierno (...) está fuera de y sobre la administración, a la cabeza de ésta, también lo es que forma parte verdadera de la propia Administración que dirige, que constituye su cabeza, y por supuesto, es autor de los más importantes actos administrativos".

La cita anterior reafirma la identidad orgánica entre Gobierno y Administración expuesta anteriormente, pero igualmente reafirma la dificultad para establecer la diferencia funcional, en el sentido de determinar en forma indubitable, sobre todo en algunos casos, cuando ese mismo órgano actúa políticamente y cuando lo hace administrativamente. El único método para intentar lograr el referido esclarecimiento radica en el análisis de la norma constitucional atributiva de competencia, la cual en casi la totalidad de los casos alude a competencias políticas y administrativas conjuntamente. De modo, pues, que corresponde al intérprete, y en última instancia a los órganos jurisdiccionales competentes, realizar la mencionada determinación, siempre orientados por las variables que la doctrina denomina dirección política del Estado, y dirección administrativa, o ejecución de la política general formulada por el Gobierno.

11.1.3. **El Poder Ejecutivo, el Gobierno y la Administración Pública en la Constitución de 1999.** Como es lógico imaginarse todas las Constituciones venezolanas en el trazado del diseño organizativo del Estado han consagrado un Poder Ejecutivo, bajo la denominación de Nacional, Federal, o Poder Ejecutivo a secas, según los casos, y en lo concerniente a la vinculación de la Administración con dicho Poder en esas Cartas Constitucionales desde la de 1864 hasta la de 1945, con excepción de las de 1881 y 1891, han reflejado dicha relación, bien entre Administración y Jefe del Ejecutivo Nacional (Presidente de la Repúbli-

ca), bien entre Administración y Poder Ejecutivo como tal. Así por ejemplo la de 1864 en el Título V denominado "Del Ejecutivo Nacional", su Sección Primera, intitulada "Del Jefe de la Administración General", se iniciaba con el artículo 61, el cual pautaba "Todo lo relativo a la Administración general de la Nación que no esté atribuido a otra autoridad por esta Constitución, estará a cargo de un Magistrado que se nombrará Presidente de los Estados Unidos de Venezuela".

En la Constitución de 1901 se mantiene la misma estructura formal, sólo que el Título VI se denomina "Poder Ejecutivo Federal", y la Sección Primera "Administración General de la Unión", pero el artículo con que se inicia la referida Sección alude al Ejecutivo Federal, en los siguientes términos: "Todo lo relativo a la Administración General de la Nación que no esté atribuido a otra autoridad por esta Constitución, es de la competencia del **Ejecutivo Federal**, éste se ejerce por un Magistrado que se nombrará Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, en unión de los Ministros del Despacho, que son sus órganos".

En la Constitución de 1947 se rompe la tradición de vincular sólo la Administración al Poder Ejecutivo, en virtud de que en su Título IV (Del Poder Ejecutivo Nacional), incluye la Primera Sección intitulada " **Del Gobierno y Administración nacionales**", la cual se repite en idénticos términos en la Constitución de 1953; luego, en ambas Constituciones se mantiene la vinculación entre Poder Ejecutivo y Administración, pero se agrega la relación con el gobierno. Lo que demuestra que a pesar del tiempo transcurrido desde que la doctrina del Derecho Constitucional había establecido la estrecha relación entre el gobierno y el Poder Ejecutivo, no fue sino hasta el referido año 1947 cuando esa tesis encontró recepción formal por primera vez en una Carta Constitucional venezolana. Hay que destacar que la recepción de la aludida doctrina, al parecer, tenía además la finalidad de establecer una distinción entre **gobierno y administración pública**.

Sin embargo ese modelo normativo es abandonado por la Constitución de 1961, la cual al regular el Poder Ejecutivo Nacional en su Título VI, no señala ningún tipo de relación de dicho Poder ni con el Gobierno ni con la Administración Pública, en virtud de que se limita a preceptuar que el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República y los demás funcionarios que determinen la Constitución y las leyes.

Es preciso advertir que con el anterior sucinto examen histórico de las Constituciones venezolanas pretendíamos determinar si en las mismas se configuraba una relación formal, en el capítulo o título regulatorio del Poder Ejecutivo, entre dicho Poder y la administración y el gobierno, pues contextualmente y bajo una premisa interpretativa teleológica, no dudamos, de que resulte posible predicar esa relación en varios o todos esos textos constitucionales, pero tal tipo de determinación escapa a los objetivos perseguidos en el trabajo, ya que en definitiva lo que nos interesaba era evidenciar, como en efecto quedó demostrado parcialmente, que desde el punto de vista formal los textos constitucionales reflejaban el marco conceptual antes expuesto, acerca de la relación entre Poder Ejecutivo y Administración, Poder Ejecutivo y Gobierno, y Administración y Gobierno.

Debemos destacar que la Constitución de 1999 en la regulación de la materia bajo examen, se separa diametralmente de la técnica seguida por los textos constitucionales que rigieron hasta 1953, y mucho más de la utilizada por el de 1961. En efecto, por primera vez una Carta Constitucional regula expresa y claramente a la Administración como parte del Poder Público, al punto que la ubica en la Sección Segunda del Título IV, denominado "Del Poder Público", intitulando dicha Sección "de la administración pública", la cual comienza con una especie de definición que alude al sentido subjetivo y objetivo del término, así:

> *Art. 141 "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia,*

transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Ahora bien, un examen preliminar del dispositivo transcrito revela que la Constitución, en primer lugar, da una connotación orgánica o subjetiva a la Administración Pública, pues cuando se armoniza con el artículo 136 ejusdem, que encabeza el mencionado Título, no cabe otra conclusión, en virtud de que el citado precepto constitucional establece que el Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. Por tanto, se trata de una potestad o un atributo, o como dice MOLES (1997), " de la situación subjetiva constituida por el complejo de los poderes, derechos y deberes...", pero obviamente esa potestad o situación subjetiva pública únicamente puede ser ejercida si se incardina a un órgano o conjunto de órganos, que se erigen en los Poderes Públicos mencionados el citado artículo 136 constitucional (Municipal, Estadal y Nacional), de tal manera que no resulta posible predicar el ejercicio del poder público, si constitucionalmente no existe un Poder Público a quien se atribuya dicho ejercicio. Por esa razón la Administración Pública aparece formando parte del Poder Público, visto en su perspectiva estructural; de allí entonces que resulte concluyente que el artículo 141 contentivo de su definición, refleja el sentido orgánico o subjetivo del concepto de Administración Pública.

En segundo lugar, el dispositivo bajo examen igualmente responde a la connotación de poder público desde la perspectiva funcional, pues no a otra cosa se refiere cuando establece que los titulares de los órganos de la Administración Pública (sentido subjetivo), en el ejercicio de la **función pública** (sentido objetivo o funcional) están sujetos a los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad, con sometimiento a la ley y al derecho. Se trata entonces de que el precepto perfila la actividad que deben realizar los referidos órganos, o sea, la función pública; de allí entonces que en el indicado dispositivo encuentre concreción el sentido subjetivo del concepto de Administración Pública.

En tercer lugar, observamos que el aludido sentido orgánico del concepto constitucional de Administración Pública, aparece reiterado en el citado artículo 141, en virtud de que en éste se sigue el modelo contenido en el artículo 103.1. de la Constitución española, cuando establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanos, de lo que se infiere que se trata, como lo ha sostenido la doctrina, de una "organización" al servicio de la comunidad, y por ende, de un conjunto de órganos. Por lo demás, el sentido orgánico o subjetivo de la Administración Pública aparece ratificado en los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 de la Constitución. Hay que advertir finalmente que el concepto de Administración Pública reflejado en el precepto bajo examen, tiene un sentido genérico, ya que no aparece aparejado específicamente a ninguno de los Poderes en que se distribuye el Poder Público, lo que resulta muy importante en la apertura de una discusión acerca de la posibilidad de sancionar una ley general de toda la Administración Pública, o mejor de las Administraciones Públicas, sin perjuicio que puedan ser dictadas leyes especiales para cada una de las Administraciones vinculadas a los niveles territoriales (Nacional, Estadal y Municipal).

Los razonamientos anteriores, especialmente los que permiten conceptuar a la Administración en sentido orgánico, conducen a sostener, desde el punto de vista formal, que la organización administrativa o la Administración Pública, se inserta en uno o en todos los Poderes Públicos enumerados en el artículo 136 constitucional (Nacional, Estadal y Municipal), pero como cada uno de dichos Poderes a su vez admite una división horizontal, en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral, el Nacional, y Legislativo y Judicial, el Estadal y el Municipal, igualmente se ubica en uno de estos últimos Poderes, que son el producto de la señalada división horizontal (el Poder Ejecutivo).

Ahora bien, a diferencia de las Constituciones que rigieron hasta el año 1953, el texto constitucional de 1999 no llega a establecer formalmente ningún tipo de vinculación entre el **Poder Ejecutivo y la Admi-**

nistración Pública; sin embargo, contextualmente sí aparece establecida, en el caso del Poder Nacional, con el Poder Ejecutivo en el artículo 239, numeral 2, que atribuye al Vicepresidente Ejecutivo la potestad de **coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República**, pues sin dudas que tanto el Presidente como el Vicepresidente de la República son junto con los Ministros, los órganos fundamentales mediante los cuales se ejerce el **Poder Ejecutivo Nacional** (art. 225).

De modo, pues, que la incardinación orgánica de la Administración, en el nivel nacional, es con el Poder Ejecutivo, lo que permite concluir que ella forma parte del mencionado Poder. No obstante, es necesario advertir que no toda la Administración Pública Nacional se inserta en el Poder Ejecutivo, dado que la Constitución de 1999, en la búsqueda de la solución a la problemática que al parecer se presentaba con la Administración del Poder Judicial, decidió suprimir el órgano administrativo con autonomía funcional que ejercía esa función (Consejo de la Judicatura), y erigir en máximo órgano administrador al propio Tribunal Supremo de Justicia, auxiliado por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (art. 267). Igualmente la Administración Electoral corresponde al Consejo Nacional Electoral (art. 293).

Por otra parte, pese a que la Constitución no establece la división horizontal de los Poderes Estadales y Municipales, como ocurre con el Poder Nacional, es posible inferir esa división del contexto constitucional, pues en el caso de los Estados atribuye el ejercicio del **Poder Legislativo** a los Consejos Legislativos, (art. 162) y al mismo tiempo estatuye que el gobierno y la **administración** de cada Estado corresponde al Gobernador (art. 160), razón por la cual la Administración Pública Estadal, concebida en sentido orgánico, estará incardinada al Poder Ejecutivo del Estado, el cual es ejercido fundamentalmente por el Gobernador y por los demás funcionarios que señalen las respectivas Constituciones.

Por lo que respecta a la relación de la Administración con el Poder Ejecutivo Municipal, la Constitución traza un diseño equivalente al descrito en el párrafo anterior para el Poder Estadal, en virtud de que atribuye la función legislativa al Concejo, y el gobierno y la **administración** del Municipio al Alcalde, formando parte la Administración, en sentido orgánico, de la **rama ejecutiva** del Poder Municipal, tal como lo establece el artículo 50 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En suma, la sucinta revisión de la Constitución de 1999, demuestra que al igual que casi todas las anteriores, establece una estrecha vinculación entre la Administración Pública, en sentido orgánico, y el Poder Ejecutivo, tan estrecha que es posible afirmar que la Administración forma parte esencial del referido Poder.

La relación entre **Gobierno y Poder Ejecutivo**, desde el punto de vista orgánico o estructural, aparece claramente en la Constitución de 1999, en virtud de que se atribuye al Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, la potestad de dirigir el **Gobierno** (art. 226), potestad que aparece reiterada en el artículo 236 ejusdem, que enumera las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República (dirigir la acción del Gobierno). Igualmente esa potestad es atribuida parcialmente al Vicepresidente Ejecutivo, que de conformidad con el artículo 225 constitucional es otro de los órganos que integra el Poder Ejecutivo, cuando el artículo 239, numeral 1, estatuye que le corresponde "Colaborar con el Presidente de la República o Presidenta de la República en la dirección de la acción **del Gobierno**".

Por otra parte, si bien es cierto que esos son los dos órganos a quienes la Constitución atribuye la dirección de la acción del Gobierno, y que tampoco existe una definición de gobierno desde el punto de vista orgánico, literalmente sería posible inferir que el Gobierno estaría integrado exclusivamente por los mencionados órganos, no obstante, tal tesis interpretativa pecaría del defecto de la literalidad, y omitiría toda consideración a las funciones de gobierno que sin dudas ejerce el Conse-

jo de Ministros por imperativo constitucional, que además del Presidente y el Vicepresidente Ejecutivo está formado por todos los Ministros. En efecto, sólo a título ejemplificativo se mencionan algunas de esas funciones: declarar los estados de excepción, convocar a la Asamblea Nacional a sesiones extraordinarias, formular el Plan Nacional de Desarrollo, convocar referendos, etc. Por tanto, atendiendo a este razonamiento resulta concluyente que tanto el Consejo de Ministros, como los Ministros, en tanto integrantes del primero forman parte del Gobierno, y por lo tanto, éste de conformidad con el artículo 225 constitucional integra al Poder Ejecutivo, configurándose de esa manera más bien una relación de identidad entre el Gobierno y el mencionado Poder.

En términos similares, "mutatis mutandi", se plantea la relación entre el Gobierno y el Poder Ejecutivo en los Estados y los Municipios, tal como se desprende de los artículos 160 y 174 de la Constitución.

Por cuanto concierne a la relación entre **Administración Pública y Gobierno**, de todo lo antes expuesto se desprende que existe una identidad orgánica entre ambos, o mejor entre Gobierno y los órganos superiores de la Administración Pública, puesto que el Presidente, el Vicepresidente de la República, el Consejo de Ministros y los Ministros integran el gobierno, pero a la vez forman parte de la Administración Pública (órganos superiores). Sin embargo, hay que advertir que la Constitución en su artículo 185 crea el denominado **Consejo Federal de Gobierno**, que es un órgano que obviamente forma parte del Poder Público, pero integrado por representantes del Poder Nacional: el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, Estadal: los Gobernadores de Estado, y Municipal: por un Alcalde por cada Estado, y además por representantes de la sociedad organizada. Pese a la denominación de Gobierno que recibe constitucionalmente, cuando se leen las atribuciones que se confieren a su Secretaría, pareciera más bien un órgano típicamente administrativo. Habrá que esperar el desarrollo legislativo del precepto constitucional para poder formular una verdadera tesis interpretativa, no obstante, aun cuando se admita que el nombre no se corresponde con la

función que desempeña, de todas maneras la coincidencia entre gobierno y administración, desde el punto de vista orgánico, sería casi perfecta, pues estaría integrado por los mismos órganos que a nivel nacional (Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros e indirectamente el Presidente de la República), estadal (Gobernador) y Municipal (Alcalde), con la particularidad que sería un órgano del Estado, por estar conformado por integrantes de representantes de cada uno de los Poderes en se desagrega verticalmente el Poder Público. Y la particularidad se acrecienta porque del mismo forman parte representantes de la sociedad organizada.

Atendiendo a los razonamientos anteriores, cabe señalar que la diferencia entre Gobierno y Administración Pública no puede plantearse desde la perspectiva estructural, si no como se desprende de las enseñanzas doctrinarias, desde la perspectiva funcional. Pero ya sabemos que esa misma doctrina admite la dificultad que comporta determinar cuándo unos mismos órganos actúan en sede gubernativa y cuándo en sede administrativa. Pese a dicha dificultad lo cierto es que la Constitución expresa claramente esa diferencia funcional, en razón de que en varios de sus artículos apareja ambos términos mediante la conjunción copulativa "y", lo que revela la intención de diferenciarlos.

Así es consagrada la aludida diferencia en el artículo 187, numeral 3, de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Nacional la potestad de ejercer el control sobre **el Gobierno y la Administración Pública Nacional**. Igualmente esa diferencia es reflejada en el artículo 239, concerniente a las atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo, en virtud de que el citado dispositivo, en su numeral 1, estatuye que corresponde al mencionado funcionario colaborar con el Presidente de la República en la dirección de la acción **del Gobierno**, y en el numeral 2, que le corresponde coordinar a la **Administración Pública Nacional**, de conformidad con las instrucciones del Presidente de la República; en el artículo 251 que erige al Consejo de Estado en órgano de consulta del **Gobierno y de la Administración Pública Nacional**. A nivel estadal la diferencia es consignada en el artículo 160, y a nivel Municipal en los artículos 169, 171 y 174.

A la luz de los preceptos constitucionales antes citados, debe concluirse que existe una diferencia, desde el punto de vista funcional, entre la Administración Pública y el Gobierno, la cual sólo es posible dilucidar teniendo en cuenta la finalidad esencial atribuida al gobierno, antes expuesta, así como la relación entre la función gubernativa y la función administrativa, también antes expuesta (idea del continuum), para lo cual será indispensable el análisis cuidadoso de las correspondientes normas atributivas de competencia, y en definitiva tener en cuenta que en el trazado constitucional del diseño del Poder Público, tanto la Administración Pública, como el Gobierno, conceptuados desde el punto de vista orgánico forman parte del Poder Ejecutivo, los cuales configuran una identidad, por lo menos en lo que respecta a los órganos superiores de la Administración Pública, y únicamente se diferencian desde el perfil funcional.

11.1.4. **Administración Pública o Administraciones Públicas.** En principio cabe reiterar que la Administración Pública en sentido orgánico o subjetivo alude al conjunto de órganos y entes encargados de cumplir los cometidos estatales. Por otra parte, cabe recordar que el Estado generalmente es conceptuado como un ente único, esto es, sin atender para nada a su estructura organizativa, o a la forma que pueda adoptar internamente. Dicha concepción es recogida en la Exposición de Motivos de la Constitución, que lo define "como la organización jurídicopolítica que adopta la Nación". En otros términos, es el Estado-Persona de Derecho Internacional, que comprende a todas las personas jurídicas territoriales en que el se desagrega internamente (República, Estados y Municipios).

Ahora bien, en el contexto del marco conceptual anterior, resulta lógico postular la equivalencia entre Administración Estatal y Administración Pública, en virtud de que ambas expresiones denotan, desde el punto de vista subjetivo, el universo de órganos y entes a quienes compete el ejercicio de la función administrativa, o "el aparato puesto al servicio de la protección y el cumplimiento de los intereses públicos cuya definición está atribuida por el ordenamiento jurídico a los poderes estatales" (ORTEGA

ÁLVAREZ, 1992). Por consiguiente, integrará la Administración Pública tanto un Ministerio, como una Alcaldía, tanto un Instituto Autónomo como una Gobernación, lo que quiere decir que en esta acepción de Administración del Estado, Estatal, o Pública, no resulta posible establecer límites derivados de la forma de Estado federal contemplada en el artículo 4 de la Constitución, y por lo tanto, resulta acertado desde el punto de vista conceptual referirse a la Administración Pública, o postular la existencia de **una Administración Pública**.

Sin embargo, si se atiende a la estructura organizativa del Estado, y en el caso venezolano a la forma de Estado Federal descentralizado, consagrada en el citado artículo 4 del texto constitucional, sin dudas, que el concepto de Administración Pública pueda ser acotado en función de los entes territoriales que surgen de la división vertical del Poder Público, pues de esa manera al Poder Nacional (República) se apareja la Administración Pública Nacional; al Poder Estadal (los Estados) se apareja la Administración Estadal y; al Poder Municipal (los Municipios y los Distritos Metropolitanos), se apareja la Administración Municipal; pero igualmente cada una de esas Administraciones Públicas, se divide en forma horizontal dando lugar a las ramas Central y Descentralizada.

En suma, existirá una pluralidad de Administraciones Públicas, la cual puede ser sistematizada así: La Administración Pública se divide en Nacional Estadal y Municipal, pero a su vez la Nacional se divide en Central y Descentralizada, e igualmente tanto la Estadal como la Municipal admiten esa misma división. De modo, pues, que resulta correcto desde el punto de vista conceptual referirse a las Administraciones Públicas, y en realidad desde el punto de vista tanto teórico como operativo, es la expresión que más se utiliza, e inclusive admite modalidades doctrinarias que exceden a la acotación basada en la vertebración territorial del Estado, las cuales encuentran su fundamento en el fin público que debe tutelar un conjunto de órganos del Estado (sanidad, deportes, tributos, etc.), y de esa manera se suele hablar de Administración Sanitaria, Administración Deportiva, Administración Tributaria, etc.

En conclusión, es tan correcto referirse a la Administración Pública en singular, como a las Administraciones Públicas en plural, siempre teniendo presente que la segunda es la expresión más utilizada, y que la misma obedece al esquema de la división del Poder Público en niveles territoriales, pero a su vez que la rama de la Administración que resulte de la mencionada acotación, admite una división horizontal (Central y Descentralizada).

11.1.5. **Perfil subjetivo de la Administración Pública o de las Administraciones Públicas.** Es preciso reiterar para la mejor comprensión de la Administración Pública en sentido subjetivo, que ella estructuralmente aparece vertebrada esencialmente en órganos y no precisamente en entes, sin que ello permita predicar la exclusión de los entes de la estructura de la Administración. En efecto, para comprobar la anterior afirmación basta observar la actuación de cualquier Administración Pública, trátese de la Nacional, la Estadal o la Municipal, pues siempre la voluntad de esa Administración será expresada, bien mediante un acto autorizatorio, sancionatorio, normativo, etc., por un **órgano** de la misma, llámese Ministro, Gobernador, Alcalde, Director, etc.; igualmente ocurre cuando se trata de una Administración descentralizada funcionalmente, por ejemplo un Instituto Autónomo o una Universidad Pública, ya que en esos casos el acto emana del Presidente o de un Gerente del Instituto, o del Rector o del Consejo Universitario, etc.

Por cuanto mediante los referidos actos esos **órganos**, que no entes, expresan la voluntad de la respectiva Administración, con la cual en la mayoría de los casos originan la denominada relación jurídico administrativa, surge la interrogante acerca del perfil subjetivo de la Administración Pública, o mejor acerca de su posible personalidad jurídica, porque desde el punto de vista material no cabe duda que esos órganos reflejan una subjetividad. Pues bien, la respuesta a esa interrogante corresponde obtenerla de cada Derecho positivo, no obstante en la tradición del Derecho Europeo, cuyo modelo ha sido seguido siempre en Venezuela, la tendencia mayoritaria, en virtud de la consagración del dogma de la per-

sonalidad jurídica del Estado, tanto en la forma de Estado Federal como Unitario, es a negar la **atribución de la personalidad jurídica a la Administración Pública**.

En efecto, al conceptuarse el Estado como ordenamiento general, o concebirse en toda su globalidad e integridad, éste puede tener una sola personalidad, la cual opera fundamentalmente frente a los demás Estados y sujetos de Derecho Internacional. Pero cuando ese mismo Estado obedeciendo al trazado del diseño de su estructura organizativa, se desagrega en entes territoriales, Estados, Regiones, Comunidades Autónomas, Municipios, República, etc., entonces la propia Constitución debido a la dinámica que impone tanto el funcionamiento, como la interrelación de esos entes territoriales, se encarga de otorgarle a cada uno de ellos la plena subjetividad, es decir, la que corresponde, con las excepciones derivadas de su naturaleza, a la persona física, o sea, le atribuye personalidad jurídica.

Es necesario subrayar que a cada ente le otorga la personalidad jurídica, independientemente de su dimensión, y por supuesto que cada uno de esos entes está formado por un conjunto de órganos, los cuales son calificados especialmente por el ordenamiento jurídico para expresar la voluntad de los mencionados entes territoriales. Ha de advertirse que esos órganos pueden ser de distinta naturaleza, o sea, no sólo administrativos, sino también legislativos y judiciales; de modo pues, que cuando nos referimos a la República o al Estado Venezolano, son órganos de la misma la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia, el Ministerio Público y el Consejo Nacional Electoral, y lógicamente los órganos administrativos, tales como el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros y los Ministros, ninguno de los cuales está revestido de subjetividad en términos formales, dado que la misma corresponde al ente público o persona jurídica pública República de Venezuela.

Por lo tanto, cuando aludimos únicamente al conjunto de órganos administrativos, excluyendo, desde luego, al resto de los demás órganos

nacionales, estamos en presencia de la Administración Publica Nacional, la cual a pesar de su inmensa dimensión tanto cuantitativa, como cualitativa, por tutelar intereses generales de carácter nacional, carece en el marco conceptual que venimos desarrollando, de personalidad jurídica, e igualmente carecen de personalidad jurídica cada uno de los órganos que integran dicho conjunto o estructura organizativa compleja. Así, aunque resulte elemental debemos repetir que un Ministerio, el Consejo Ministros, el Presidente de la República, el Consejo Federal de Gobierno, carecen de la mencionada subjetividad, o mejor de personalidad jurídica.

Sin embargo, esa carencia general de subjetividad no autoriza a negar que determinadas Administraciones Públicas tengan personalidad jurídica, pues es bien sabido que la fórmula organizativa denominada descentralización funcional, permite que los órganos de las Administraciones Centrales creen determinados entes públicos, o estatales, con la finalidad de optimizar la tutela de determinados intereses públicos debidamente sectorizados. Por supuesto que al crear al mencionado ente, sólo por ese acto de creación, como tal ente público o estatal, éste adquiere personalidad jurídica, y es por ello que en el campo de la subjetividad aunque parezca paradójico, por ejemplo un instituto autónomo o una empresa del Estado, creada por un Ministerio, reviste la misma cualidad subjetiva, desde el punto de vista formal, que la República, hasta el punto que puede hipotéticamente, por ejemplo, en ejercicio de esa plena subjetividad, hasta llegar a demandarla. De modo, pues, que los componentes de esa rama de la Administración Nacional descentralizada funcionalmente, a diferencia de lo que ocurre con los componentes, por cierto mucho más importantes cuantitativa y cualitativamente de la rama de la Administración Central, están dotados de personalidad jurídica.

En suma, atendiendo a los razonamientos anteriores es posible concluir que cada una de las Administraciones Públicas Centrales (de la República, de los Estados y de los Municipios), por carecer de subjetividad, se inscribe en la personalidad jurídica del respectivo ente territorial. Así por ejemplo, la Administración Central Nacional se cobijará en la

persona jurídica de la República, y la Central de un Municipio, en la de dicho Municipio, pues, reiteramos que las Administraciones Públicas Centrales carecen de personalidad jurídica, lo que no quiere decir que las Descentralizadas funcionalmente sí la posean, pues son los entes que integran a éstas, los que por su propia esencia están dotados de personalidad jurídica.

Por otra parte, es conveniente añadir que a raíz de varias sentencias de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, se pretendió sostener que por vía jurisprudencial se había creado una tercera rama, en la división horizontal de la Administración Pública Nacional denominada “Administración con autonomía funcional”, la cual bajo la vigencia de la Constitución de 1961, supuestamente estaba integrada por la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Consejo de la Judicatura, y durante ciertos períodos, dependiendo de la regulación contenida en la Ley Orgánica del Sufragio vigente durante esos períodos, por el extinto Consejo Supremo Electoral, órganos estos que por carecer de personalidad jurídica imputaban sus actos a la República.

Esa tesis jurisprudencial que se originó en la pretensión de los mencionados órganos de mantener los privilegios que disfrutaban y disfrutan hasta ahora los funcionarios que le prestan servicios en materia de jubilación, frente al resto de los funcionarios públicos, la cual para ser acogida dio lugar a que el extinguido máximo Tribunal postulara la existencia de esa supuesta tercera rama de la Administración Central. Sin dudas que esa tesis que resultaba bastante discutible bajo la vigencia del texto constitucional de 1961, requiere ser revisada a la luz de los preceptos de la nueva Constitución, máxime si se tienen en cuenta los recién creados Poderes Ciudadano y Electoral.

Sobre la base de los planteamientos anteriores es posible delinear un esquema a los fines de sistematizar las Administraciones Públicas venezolanas, teniendo como eje articulador la desagregación en entes

territoriales del Estado, así en sentido vertical se originaría la Administración Nacional, la Administración de los Estados y la Administración de los Municipios, y a su vez cada una de ellas se dividiría horizontalmente dando lugar a las Administraciones Centrales Nacional, Estadal y Municipal, y a las Administraciones Descentralizadas Nacional, Estadal y Municipal, y en lugar de la aludida "Administración con autonomía Funcional" podría resultar posible, postular la existencia de las denominadas Administraciones Independientes, como las denomina la doctrina europea.

Por último, cabe advertir que también suele hablarse, por ejemplo, de Administración Financiera, Universitaria, Sanitaria, etc., para referirse a uno a varios órganos que tienen atribuida parcial o totalmente la misma competencia material o funcional, pero sin que ello revele una clasificación distinta a la anteriormente expuesta, pues se trata de órganos o entes cuya denominación, a los fines lingüísticos, se uniforma en función de su competencia material, pero que de todas maneras se integran en alguna de las divisiones verticales u horizontales utilizadas precedentemente para sistematizar el conjunto de las Administraciones Públicas venezolanas.

Vale la pena resaltar en lo tocante a la personificación de la Administración Pública, que el sector mayoritario de la doctrina Española siempre ha sostenido la tesis de la personalidad jurídica de la Administración, y en tal sentido afirmaba desde la década del 80 que "... Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo" (GARCIA DE ENTERRIA, 1990). Pues bien, dicha tesis fue recogida en 1992 en forma general en el artículo 3.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así " 3. Principios generales 1. Omissis 4. Cada una de las Administraciones Públicas actúa para el conseguimiento de sus fines **con personalidad jurídica única**".

Pero en forma específica y por demás explícita fue recogida en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización, Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en su artículo 2.2., concebido en los siguientes términos:

> *Artículo 2.* ***Personalidad jurídica y competencia****.*
>
> *1. La Administración General del Estado, bajo la dirección del Gobierno y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo.*
>
> *2. La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados,* ***actúa con personalidad jurídica****".*

De modo, pues, que el modelo del sistema normativo español revela la aplicación del principio que hemos invocado varias veces a lo largo de este libro, acerca de la entidad del Derecho positivo para arrumbar principios doctrinarios, por muy antiguos y consolidados que sean, al consagrar legislativamente la personalidad jurídica de la Administración Pública.

11.1.6. **La potestad organizatoria u organizativa.**

11.1.6.1. **Planteamiento general.** La potestad organizatoria ha sido definida por la doctrina como " el conjunto de facultades que cada Administración ostenta para configurar su propia estructura. La posibilidad, por consiguiente, autoorganizarse" (PARADA, 1997). La definición anterior expuesta en términos sencillos y muy descriptivos, pese a que refleja correctamente el aspecto sustantivo de la referida potestad, no permite evidenciar las discusiones doctrinarias que se han suscitado en torno al Poder Público que debe ejercer su titularidad. Por supuesto, que nos estamos refiriendo a aquella que no aparece expresamente establecida en la Constitución, obedeciendo al principio –matizado– pero principio al

fin, de la separación de poderes, e igualmente a los grados de operacionalización de la potestad bajo examen.

En ese orden de ideas cabe señalar que en lo concerniente a la creación de los órganos superiores de la Administración Pública, como son los Ministerios, se suelen manejar dos tesis contrapuestas en la doctrina y en el Derecho positivo. La primera que es formulada como consecuencia del advenimiento de la Revolución Francesa, postula que es de la competencia del Poder Legislativo la ordenación del Poder Ejecutivo; por tanto, cuáles y cuántos deben ser los Ministerios compete determinarlo exclusivamente a la Ley (reserva legal). La segunda, de más reciente data, sostiene lo contrario, esto es, que corresponde al Poder Ejecutivo su propia autoordenación, y por consiguiente, determinar mediante Decreto cuáles y cuántos deben ser los Ministerios (potestad reglamentaria). Los argumentos que suelen utilizarse para sostener una u otra tesis son resumidos por SANTAMARÍA(1991), así:

> *"La modificación de la planta ministerial –es decir, la creación, extinción y alteración de los Ministerios– ha experimentado tradicionalmente una acusada tensión entre su reserva a la Ley formal y su entrega a la potestad reglamentaria: no es de extrañar si se tiene en cuenta que lo que está en juego es la configuración misma del Gobierno. De una parte el principio de la supremacía parlamentaria, la conveniencia de limitar el gasto público y los problemas de ajuste que suscita todo cambio en la estructura ministerial son factores que abogan por reservar a la ley todo tipo de alteraciones en dicha estructura (al objeto de dificultarla en alguna forma), de otra, la delicada operación en que consiste la formación de cualquier Gobierno, y las lógicas variaciones en el programa político de cualquier Presidente son circunstancias que aconsejan confiar al propio Gobierno –en definitiva, a su Presidente– la definición de la planta ministerial...".*

Sin dudas que la situación dilemática planteada por el citado autor español en relación con la creación, modificación y extinción de los Ministerios, órganos superiores de la Administración Central, se extiende a los otros niveles (directivos y operativos) de esa misma rama de la Administración y de la Administración Descentralizada; por lo tanto, resulta necesario analizar cada Derecho Positivo, o conocer las tendencias doctrinarias o jurisprudenciales en cada país, en caso de que la situación no aparezca regulada expresamente, para saber con una mínima certeza a quien corresponde la titularidad de la potestad organizatoria.

Sin embargo, esa determinación requiere que previamente el operador jurídico tenga el debido conocimiento de la manera como se desagrega la potestad organizatoria, y en tal sentido resulta de bastante ayuda la tesis DE GARCÍA TREVIJANO (1967), quien sostiene al respecto, que esa desagregación comprende las fases de "creación, establecimiento y puesta en marcha. Mediante la creación se procede a dar existencia jurídica a la organización, dotarle de sus competencias y de su estructura esencial. En la fase de establecimiento se desarrolla la estructura y se distribuyen las competencias entre los distintos órganos, atendiendo, si es el caso, a los criterios sentados en la fase de creación. Finalmente, la puesta en marcha, consiste en la organización de los elementos personales y materiales necesarios para su funcionamiento".

Ahora bien, en la época actual los nuevos cometidos, la dimensión estructural, así como el pluralismo que caracteriza a las Administraciones Públicas, ha conducido a la superación de la posición dilemática antes expuesta, para lo cual se ha recurrido a la división normativa de esa potestad entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, atendiendo a las fases indicadas por García Trevijano. Por ello cuando adquiere primacía acentuada la tesis concerniente a la reserva legal de la potestad organizatoria, aun en el marco del aludido proceso de división, la tendencia apunta a que tanto la creación como el establecimiento deben aparecer expresamente regulados en una Ley, o en un acto con fuerza o valor de ley. Cuando se mantiene esa primacía en forma atenuada, entonces la

tendencia apunta a dejar a la ley únicamente la fase de creación, y al Ejecutivo la de establecimiento, quedando siempre la puesta en marcha en manos de este último Poder.

La solución normativa descrita en el párrafo anterior, coincide con las tesis manejadas doctrinariamente, tanto en los países en los que está prevista legalmente, como en aquellos en que no existe dicha previsión, y debemos añadir que es la predominante actualmente en el Derecho Comparado, pero ello no obsta para que las Cartas Constitucionales estatuyan otras soluciones, sobre todo para órganos de relevancia constitucional, como por ejemplo, reservar, en esos casos, a la Ley todas las fases en que se desagrega la potestad organizatoria. Queda pues, de esta manera expuesto el marco general del ejercicio de la potestad bajo examen, correspondiendo ahora determinar su operacionalización en el ordenamiento jurídico venezolano.

11.1.6.2. **La potestad organizatoria en la Constitución de 1999.**

11.1.6.2.1. **La potestad organizatoria general, como materia de reserva legal.** En las Constituciones venezolanas, con excepción de las de 1830 y 1857, las cuales establecieron el número de Secretarías del Despacho, inclusive la primera hasta les dio la correspondiente denominación (Interior y Justicia, Hacienda y Guerra y Marina), siempre se había reservado a la Ley la fijación del número de Ministros, así como la organización de los correspondientes Despachos.

La Constitución de 1961, en lugar de privilegiar a la figura de los Ministros, como ocurría en las anteriores, lo hace con los Ministerios, y en ese sentido por cuanto concernía a la potestad organizatoria en su artículo 193 disponía: "...La ley orgánica **determinará el número y la organización de los Ministerios y su respectiva competencia,** así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros". Sin dudas que la norma constitucional además de rígida resultaba muy amplia, en virtud de que extendía la reserva legal a la creación, supresión y

reestructuración de los Ministerios, a su estructura organizativa y a sus respectivas competencias, todo lo cual aparecía regulado en la Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC), razón por la cual parecía acertado sostener que configuraba una reserva legal absoluta, en términos de la doctrina italiana, porque atribuía a la Ley la disciplina integral, es decir, de todas las fases de la potestad organizatoria (creación, establecimiento y puesta en marcha), tipificando consecuencialmente una total interdicción de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional en esta materia.

Por consiguiente, el sucinto examen del precepto regulador de la potestad organizatoria de los Ministerios en la Constitución anterior, permitía concluir que dicha potestad estaba reservada en forma absoluta a la Ley, configurando de esa manera una interdicción para el reglamentista. Pues bien, la Constitución de 1999 produce en esa materia una modificación muy significativa, cuyo examen amerita que sucintamente se describa el iter legislativo de las normas contenidas en los artículos 156, numeral 32, y 236, numeral 20, mediante las cuales se consagra la aludida modificación. Ese iter fue el siguiente: en el Anteproyecto de Constitución presentado a la Asamblea Nacional Constituyente el artículo 156, num. 32, aparecía con el número 174, numeral 26, en los siguientes términos:

" Es de la competencia de los órganos del Poder Público Nacional:

1.Omissis.

26.La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales, la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado (....), la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de lotería, hipódromos y apuestas en general; ***la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado****, y las*

relativas a todas las demás materias de la competencia nacional." (énfasis añadido).

El artículo 236, numeral 20, aparecía en el Anteproyecto de Constitución con el número 277, numeral 21, con el siguiente tenor literal:

"Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:

1. Omissis

21. ***Fijar el número, organización y competencia de los Ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley de bases."*** *(*énfasis añadido).

En la sesión del 2 de noviembre de 1999 de la Asamblea Nacional Constituyente se produjo la **primera discusión** del precepto contenido en el artículo 174, numeral 26 del Anteproyecto (156, numeral 32 de la Constitución), sobre la base del Informe presentado por la correspondiente Comisión, siendo aprobado en los mismos términos del Anteproyecto, con la única variación que pasó a ser de numeral 26 a numeral 29. Sin embargo, pese al carácter anecdótico que pueda revestir, debemos relatar que esa primera discusión ni siquiera se llegó a leer completamente el dispositivo, pues consta en el Diario de Debates que el Presidente de la Asamblea expresó "Leo el numeral 29" y cuando había leído aproximadamente hasta la mitad, concretamente después de la parte que dice "sanidad animal y vegetal", al parecer se cansó, dejando de leerlo, sustituyendo lo que faltaba por un **etcétera**. Ha de advertirse que precisamente en la parte no leída del precepto estaba la innovación, la cual consistía en incluir – ya que no figuraba en la Constitución de 1961– la **potestad organizatoria** en las competencias del Poder Público Nacional. Por supuesto, que esa relevante innovación pasó absolutamente inadvertida para todos los constituyentes, al punto que ni siquiera fue objeto de lectura.

En la sesión del 4 de noviembre de 1999 fue sometido a **primera discusión** el artículo 277, numeral 2, del Anteproyecto (236, numeral 20 de la Constitución), sobre la base del informe presentado por la respectiva Comisión, siendo aprobado sin ningún tipo de modificación, mejor dicho pese que también contenía un significativo cambio en la materia concerniente a la potestad organizatoria relativa a la creación de los Ministerios, en comparación con la Constitución de 1961, igualmente pasó inadvertido para los constituyentes, pues no fue objeto ni siquiera de un comentario. En la segunda discusión celebrada el 13 de noviembre de 1999, el constituyente R. COMBELLAS propuso que en el numeral 21, que había pasado a ser el 20, se cambiara "ley de base por ley orgánica", y motivó su proposición así " ...Es un problema de redacción y de confusión, en realidad debe ser "ley orgánica". La única ley de base es la que otorga delegación legislativa" (sic).

Ante esa proposición, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente expresó "De tal manera que es de redacción y pasa a la comisión de estilo con la aclaratoria que presentó el constituyente Ricardo Combellas. Si no hay otra objeción se da por aprobada". Y finalmente el precepto resultó aprobado con esa única modificación, por lo que resulta válido sostener –si efectivamente el cambio de ley de base por ley orgánica era un asunto de redacción– que se mantuvo en idénticos términos la disposición contenida en el Anteproyecto.

Hemos considerado necesario referirnos a esos "pasajes" de la Asamblea Nacional ocurridos en la aprobación de los dos dispositivos bajo examen, que pueden parecer meramente anecdóticos, pero que podrían ser objeto de examen por el intérprete al momento de formular de una tesis hermenéutica sobre la concepción de la potestad organizatoria relativa a la creación los Ministerios, y en general de los órganos del Poder Público Nacional, así como de los demás órganos e instituciones nacionales, consagrada en los citados preceptos constitucionales.

Sin embargo, en el intento de formular esa referida tesis, en nuestro criterio, deben considerarse esos antecedentes constitucionales casi como inexistentes, o en términos metodológicos iguales a cero, pues si en un caso ni siquiera fue leído el dispositivo objeto de la discusión, y en el otro, se aceptó que cambiar una ley de delegación por una ley orgánica, constituía un "problema de redacción", no resulta lógicamente posible llegar a otra conclusión. Luego, corresponde entonces realizar el análisis de los mencionados esquemas normativos constitucionales, acudiendo al resto de los métodos de la interpretación jurídica. Pues bien, colocados en esa perspectiva, lo primero que debemos subrayar es que la Constitución de 1999 incluye en la norma tradicionalmente emblemática de la **reserva legal** en las Constituciones venezolanas ("la legislación en materia de...")‚a la **potestad organizatoria**, por lo demás en términos amplios y operacionales, en la materia relativa a la **organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado,** lo que revela que la "ratio" de dicha norma es indudablemente sustraer esa materia del ámbito competencial del reglamentista y atribuírsela a la Asamblea Nacional; y en consecuencia, estatuir su regulación única y exclusivamente mediante Ley formal, o actos con fuerza de ley (decretos leyes).

Por otra parte, el ámbito material de la potestad organizatoria reservada a la ley, se extiende a todos y cada uno de los órganos del Poder Público Nacional, incluyendo lógicamente a los órganos superiores de la Administración Pública, que como hemos dicho integran al Poder Ejecutivo, y en tal sentido no cabe duda que abarca a los Ministerios y al Consejo de Ministros, pero igualmente a órganos como los integrantes del Poder Ciudadano, al Tribunal Supremo de Justicia, al Consejo Nacional Electoral, al Consejo Federal de Gobierno, al Consejo de Estado, y al Consejo de Defensa de la Nación entre otros, así como instituciones nacionales como el Banco Central de Venezuela, y los Institutos Autónomos. Cabe advertir que todos los órganos y entes mencionados, encuentran su fuente de creación directa o indirecta en el propio texto constitucional, y que los Institutos Autónomos, por disposición expresa del artículo 142, sólo pueden crearse por ley.

Quedaría por dilucidar entonces si el dispositivo constitucional bajo examen, estatuye, en estos casos, una interdicción reglamentaria, de tal manera que inclusive los mencionados órganos y entes de relevancia constitucional, deberán tener trazado un diseño organizativo completo y exhaustivo en la Ley que los crea o los regula (competencias., estructura organizativa, desarrollo de la estructura y distribución de la competencia entre los órganos que integran la estructura, dotación de elementos personales y materiales), o dicho en otros términos, la **determinación del alcance de la potestad organizatoria que es objeto de reserva legal**, conforme al artículo 156, numeral 32, constitucional.

Por supuesto que de admitirse una tesis que propugne el alcance de la reserva a todas las fases de la potestad organizatoria, sería necesario postular para guardar la debida congruencia, que los aludidos órganos y entes de relevancia constitucional, así como los demás órganos e instituciones nacionales, carecerían de competencia para autoorganizarse (crear nuevos órganos, modificar y extinguir los existentes, atribuir competencias). Sin embargo, si bien dicha tesis pudiere encontrar respaldo en la letra de la Constitución, que alude a la "organización y " funcionamiento", en realidad revela una posición extrema en materia de potestad organizatoria, basada en el principio de reserva legal absoluto, que ciertamente encontró respaldo en los inicios de la discusión sobre la atribución de la titularidad de referida potestad, porque en esos tiempos se reivindicaba un monopolio parlamentario sobre todas y cada una de las fases en que se desagrega la potestad de organización de la propia Administración, mediante instrumentos de rango legal.

Demás está hacer notar que esa postura doctrinaria resultó superada desde hace bastante tiempo, siendo sustituida por otra que sustenta la división de la potestad bajo examen, entre el Parlamento y la Administración, atendiendo a las fases de las mismas, alguna de las cuales resultan reguladas por ley (reserva legal), y otras por reglamentos (reserva de la Administración). Aparte de la pertinencia de esta última tesis, por lo demás con una gran recepción en el Derecho Comparado,

pensamos que la otra, debe soslayarse, en el proceso de interpretación del precepto constitucional bajo examen, en primer lugar, porque a la mayoría de los órganos y entes englobados en el precepto, la propia Constitución les otorga autonomía funcional y **autonomía organizativa**, fórmula esta que les permite darse su propio diseño organizativo, mediante instrumentos normativos de rango sublegal, lo que comprende tanto la creación de nuevos órganos, como la modificación y extinción de los existentes, siempre que en este último caso no hayan sido creados por ley, así como atribuirles sus correspondientes competencias; de modo, pues, que es el propio texto constitucional (art. 254, 273, 294, 318 entre otros), el que le confiere esa potestad de autoorganización, al otorgarles autonomía organizativa.

Y en el caso de las instituciones nacionales, es obvio que al detentar personalidad jurídica, están dotadas de autonomía organizativa la cual les permite autoorganizarse, dictando normas que –desde luego– sean compatibles con las respectivas leyes de creación. Luego, la potestad organizatoria relativa al establecimiento y a la puesta en marcha de los órganos o instituciones nacionales encuadrados en el artículo 156, numeral 32, encuentra su fundamentación explícita o implícita en la autonomía organizativa, que les confiere la propia Constitución, o las leyes respectivas.

En segundo término, refuerza el argumento anterior el fin servicial (tutela de intereses públicos) que el texto constitucional, como hemos visto, le asigna a la Administración Pública (art. 141), cuyo logro está sujeto a que las Administraciones pueden enfrentar los nuevos retos que surgen de una economía y una sociedad globalizada, y a su vez de las particularidades que reviste cada comunidad, para lo cual requieren estar dotados de una estructura organizativa flexible, es decir, que se adapte a esas situaciones en forma rápida y eficiente, y es obvio que ello resulta sumamente difícil si los referidos ajustes sólo son posibles mediante reformas legales producidas por el Parlamento; de allí que el aludido carácter servicial de la Administración, abone como dijimos, a favor de la tesis

que propugna la división de la potestad autorizatoria entre el Parlamento y el Ejecutivo, correspondiéndole a este último las fases de establecimiento y puesta en marcha de ella.

Y por último, pareciera muy dudoso que una Constitución, con sus pequeños y grandes defectos, productos de la premura, entre otros factores, pero orientada en términos generales hacia la modernidad, pretendiera consagrar un regreso a los primeros tiempos en que se planteó la discusión doctrinaria sobre la titularidad de la potestad organizatoria, imponiendo la tesis acerca de su carácter de reserva legal absoluta.

Por todas esas razones pensamos que el artículo 156, numeral 32, constitucional, por cuanto concierne a la potestad organizatoria de todos los órganos y entes mencionados en dicho esquema normativo, con excepción de los Ministerios y el Consejo de Ministros, ciertamente consagra la reserva legal de dicha potestad, pero únicamente en la fase de creación, esto es, que únicamente se requiere una ley formal o un decreto ley para crear el órgano o ente, haciendo la salvedad respecto de los que son creados por la propia Constitución, cuya regulación se reenvía a una ley, generalmente orgánica. Hay que reiterar con García Trevijano (1967) que esa creación comporta darle existencia jurídica, dotarlo de sus competencias y de su estructura esencial.

En esa fase (creación) se agota la exigencia de una Ley para regular la potestad organizatoria en la Administración Pública Nacional, razón por la cual pareciera acertado postular en el contexto del marco conceptual antes expuesto, que el resto de dicha potestad, o mejor dicho las otras dos fases de la misma, siguiendo los términos de la doctrina española, corresponde ejercerla a la Administración, recurriendo a instrumentos de rango sublegal, con la finalidad de complementar la estructura esencial, mediante la creación de órganos complementarios, o de estructuras administrativas funcionales, que no requieren revestir el carácter de órganos, formalizar la división de la competencia entre los diferentes órganos, atendiendo a los criterios que se hayan sentado en la Ley, y finalmente poner en marcha el órgano o ente.

Conviene subrayar que esa tesis interpretativa, sin que existiera en la Constitución de 1961 una previsión general sobre potestad organizatoria, como la contemplada en el artículo 156, numeral 32, de la Constitución de 1999, ha encontrado aplicación, con la importante matización derivada de la aludida previsión constitucional, en cierto sentido "empírica", durante bastante tiempo en Venezuela, por lo menos en la Administración Central, dado que la Ley Orgánica que ha regulado hasta el año 2001 esa rama de la Administración Nacional, disciplina la organización Ministerial, estableciendo su estructura organizativa esencial y sus competencias, y remite al Reglamento Orgánico la complementación de esa estructura hasta los niveles directivos, y el establecimiento de sus respectivas competencias. Y el reglamento orgánico a su vez reenvía al Reglamento interno del Ministerio, la regulación normativa de los niveles organizaciones operativos. Hasta podría llegar a pensarse, si resultara posible encontrar un atisbo en ese sentido, que la disposición constitucional bajo examen obedece parcialmente a la aplicación de esa "praxis", derivada un tanto "empíricamente", –insistimos– de la Ley Orgánica de la Administración Central. En otros términos, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, encontraba aplicación la tesis de la división de la potestad organizatoria entre el Parlamento (reserva legal) y la Administración (reserva de la Administración), por supuesto que con diferencias en lo tocante al "quantum" de potestad que le correspondía tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo, como lo veremos más adelante.

11.1.6.2.2. **La potestad organizatoria de los Ministerios, otros organismos de la Administración Pública Nacional y del Consejo de Ministros.** Es necesario reiterar que el antes examinado artículo 156, numeral 32, regula en los términos antes expuestos, la potestad organizatoria de toda la Administración Pública Nacional, dado que ninguna otra conclusión puede extraerse de su supuesto de hecho, que alude claramente a los órganos del Poder Público Nacional, y a los demás órganos e instituciones de carácter nacional, puesto que dentro de los órganos del Poder Público Nacional, están incluidos los que forman el Poder Ejecutivo, y en definitiva los órganos superiores de la Administración Pública,

entre los cuales destacan en primeros lugares los Ministerios y el Consejo de Ministros. Sin embargo, tal regla pareciera admitir una excepción derivada de la disposición contenida en el artículo 236, numeral 20, ejusdem, que regula de una manera especial la potestad organizatoria en lo tocante a los órganos de la Administración Pública Nacional, constituidos fundamentalmente, como indicamos antes, por los Ministerios y el Consejo de Ministros.

En efecto, a diferencia de la disciplina contenida en la Constitución derogada, que ya dijimos reenviaba expresamente a una ley orgánica todo lo concerniente a la regulación de los Ministerios, es decir, que declaraba materia de reserva legal a todas las fases en que se desagrega la potestad organizatoria, pareciera que la Constitución de 1999 pretende en cambio reservar a la Administración esa potestad, en el citado artículo 236, numeral 20, que preceptúa:

"Son obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:

1. Omissis

20. ***Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica****."*

El examen del dispositivo transcrito impone por razones metodológicas, tratar de determinar sí efectivamente el mismo pretende establecer una excepción a la regla de la potestad organizatoria consagrada en el artículo 156, numeral 20 de la Constitución. En tal sentido observamos que ciertamente el precepto antes mencionado tiene una portada general, en virtud de que su ámbito se extiende a **todos los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado**, de tal manera que la disposición abarca, en primer lugar, a cualquier órgano del Poder Nacional, independientemente de que forme

parte del Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano o Electoral; por tanto, la expresión agota el universo de los que podrían denominarse, en términos generales, " órganos nacionales", de tal suerte que desde esa perspectiva interpretativa no puede existir ningún órgano de esa clase que esté excluido del ámbito material del precepto constitucional.

Por tanto, constituye una impropiedad, o en todo caso una redundancia, la expresión "demás órganos nacionales" contenida en el precepto constitucional. En cambio, si tiene sentido la inclusión de las denominadas" instituciones nacionales del Estado", aunque tampoco la denominación formal encuadre en la terminología del ordenamiento jurídico venezolano, porque debe admitirse que con el vocablo "instituciones nacionales" se alude a los entes públicos que forman parte de la Administración Nacional Descentralizada funcionalmente, tales como los Institutos Autónomos y las universidades públicas. De modo, pues, que tratándose de una norma con ese carácter general, resulta correcto desde el punto de vista de la técnica legislativa, que en el mismo instrumento normativo, pueda configurarse una excepción, siempre que ella tenga un carácter explícito y expreso, al contenido de la aludida norma.

Pues bien, en el marco del análisis que venimos realizando, es necesario señalar que el artículo 236, que enumera las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, confiere a éste, en el numeral 20, de manera expresa y explícita, la potestad organizatoria en materia de ministerios, de otros organismos de la Administración Pública Nacional y del Consejo de Ministros, es decir, que consagra una especie de reserva a la Administración en lo tocante a la potestad de autoorganización solamente de esos órganos, motivo por cual resulta razonable pensar que la voluntad de la Constitución es excluir de la potestad organizatoria general, concebida en los términos antes expuestos, contemplada en el citado artículo 156, numeral 32, ejusdem, la cual aparece atribuida indudablemente, mediante la figura de la reserva legal, al Poder Legislativo.

Es pues, la propia Constitución la que se encarga, mediante una regulación especial contenida en el esquema normativo concerniente a las atribuciones del Presidente de la República (236, numeral 20), de incluir dentro de éstas a la señalada modalidad de potestad organizatoria, pero al mismo tiempo sustraerla de la norma que disciplina esa potestad en forma general, configurándose de esa manera la excepción a la competencia general atribuida a la Asamblea Nacional (156, num. 32). Por lo tanto, el sistema constitucional regulatorio de la aludida potestad está diseñado sobre la base de esas dos normas fundamentales: una de carácter general (artículo 156, numeral 32), de una gran amplitud, en vista de que su ámbito material, como hemos dicho se extiende a todos los órganos del Poder Público Nacional, independientemente de que revistan carácter administrativo o no, y a las "instituciones nacionales", en la cual dicha potestad aparece atribuida al Poder Legislativo, en los términos expuestos; y otra de carácter especial (art. 236, numeral 20), restringida exclusivamente a la Administración Pública Nacional, como lo veremos más adelante, en la cual dicha potestad aparece atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros (Administración).

Pero es preciso añadir y destacar que la potestad organizatoria especial atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros, está sujeta en su ejercicio a los principios o lineamientos establecidos en la correspondiente ley orgánica, de tal suerte que la referida potestad aparece formalmente condicionada por la actividad legislativa, de allí que no resulte equiparable, aun reduciéndola al sector material que constituye su objeto, a la potestad organizatoria general contemplada en el artículo 156, numeral 32, constitucional.

Una vez determinada la excepción, así como su validez desde el punto de vista de la técnica legislativa, corresponde examinar el precepto constitucional que la contiene, y así se observa que su ámbito material, en principio aparece taxativamente delimitado en cuanto concierne a los **Ministerios y al Consejo de Ministros**, pero en cambio, pese a que el dispositivo alude a un numerus clausus de órganos, deja al proceso inter-

pretativo la identificación de los demás " **organismos**" de la Administración Pública Nacional. Para intentar realizar esa identificación, es preciso, en primer lugar, reiterar que en el ordenamiento jurídico venezolano "órgano" y "organismos" tienen idéntica connotación conceptual, motivo por el cual debe rechazarse cualquier intento que, basado en la doctrina o en el Derecho positivo extranjeros, pretenda establecer una diferencia centrada en la posesión de personalidad jurídica por el "organismo", y en la carencia de personalidad jurídica por el órgano, o sea, en la equiparación del "organismo" al ente, y en el presente caso al ente público.

Formulamos esta advertencia porque reiteramos que hemos venido observando una tendencia creciente a trasladar leyes extranjeras a nuestro ordenamiento, especialmente de España, lo cual en sí mismo no es negativo, dado el extraordinario avance que en el campo del Derecho Público se ha producido en ese país después de la caída de la dictadura de Franco, siempre que se realice el debido control de calidad, a los fines de ajustar todas o varias disposiciones de esas leyes al contexto socio jurídico venezolano.

Ahora bien, en el referido país se utilizan los vocablos órgano y "organismo" con connotaciones conceptuales totalmente diferentes, pues el primero alude a las unidades administrativas a las que se le atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros (art. 3 de la Ley 6/1997 de 14 de abril) y los segundos son los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado... **tienen personalidad jurídica pública diferenciada**, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Los Organismos públicos se clasifican en a) Organismos autónomos. b) Entidades empresariales (artículos 41,42.1. y 43.1 de la Ley antes identificada). Queda demostrado pues, que en España resulta correcto diferenciar órganos de "organismos", pero en Venezuela, tal distinción no resulta posible ni normativa ni doctrinariamente, dada la necesaria incardinación de todo órgano a una persona jurídica, por ser parte necesaria e inescindible de ella.

Dilucidado como ha quedado que órganos y organismos en Venezuela son conceptos idénticos, queda por determinar a qué "organismos", o mejor órganos pretende referirse la Constitución, en el dispositivo bajo examen (art. 236, num. 20), cuando después de mencionar a los ministerios añade **y otros organismos de la Administración Pública Nacional**. Esa determinación, conduce en primer lugar, a excluir de esos órganos a cualquiera que no tenga naturaleza administrativa, a excluir igualmente todo órgano administrativo simple o complejo que, aunque sea desconcentrado, forme parte de la estructura esencial o complementaria de la estructura organizativa de los Ministerios, como por ejemplo la Dirección Estadal o Regional de determinado despacho ministerial.

Pero en cambio, dentro de esos órganos, deben estar incluidos los **Servicios Autónomos sin personalidad jurídica, los Gabinetes Sectoriales, los Consejos Nacionales, las Comisiones Presidenciales, los Comisionados Presidenciales, las Autoridades Unicas y las Oficinas Nacionales**, todos previstos en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Pensamos que actualmente la potestad organizatoria del Presidente de la República aparece acotada por las categorías de órganos distintos a los que forman parte de los Ministerios, expresamente contemplados en la Ley, razón por la cual el máximo jerarca de la Administración Nacional carece de competencia para crear órganos distintos a los contemplados en el ordenamiento jurídico, de allí pues, que sea posible concluir que el ámbito de aplicación de la norma bajo examen está restringido, bajo la vigencia del actual ordenamiento, sobre todo de la LOAP, a los Ministerios, al Consejo de Ministros y a los órganos antes identificados. En todo caso, reiteramos que debe evitarse toda pretensión que tienda a incluir, basándose en la utilización del término "organismos" en el precepto constitucional, **entes** de la Administración Pública Nacional, pero descentralizada funcionalmente, como son por ejemplo, los Institutos Autónomos, las personas jurídicas estatales, tales como las sociedades mercantiles, las asociaciones y sociedades civiles y las empresas del Es-

tado, así como las universidades públicas, en la potestad organizatoria del Presidente de la República.

Corresponde ahora intentar esclarecer, desde el punto de vista sustantivo, el alcance de la potestad organizatoria que se le confiere al Presidente de la República, es decir, si comprende todas o sólo algunas de las fases en que ella se desagrega conforme a la tesis española ya expuesta. Para ello quizás sea interesante plantear una hipótesis derivada de la formulación original del artículo 236, numeral 20, en el Anteproyecto de la Constitución, pues debe recordarse que en esa formulación la sujeción de la potestad del Poder Ejecutivo era a una **ley de bases**, pero que debido " a un error de redacción", sin ningún tipo de discusión se cambió por una **ley orgánica**. Es necesario advertir la gran y significativa diferencia que existía y existe entre esos dos tipos de leyes, en virtud de que la primera, que al final (en la sesión del 15-11-99, también sin discusión) se le cambió el nombre por el de **habilitante**, es una verdadera ley de delegación de la potestad legislativa por la Asamblea Nacional, al Ejecutivo Nacional, para que este órgano la desarrolle mediante decretos leyes; en cambio la segunda es una ley con un especial ámbito material acotado por la propia Constitución.

Ahora bien, pareciera que el reenvío a una Ley de bases o habilitante, en los términos del Anteproyecto, obedecía a la idea de consagrar una especie de monopolio por parte del Poder Ejecutivo de la potestad organizatoria, en lo tocante a los órganos antes enumerados, ya que en ese caso habría correspondido al propio Ejecutivo, en ejercicio de la delegación legislativa contenida en la referida ley, mediante decretos leyes, establecer los principios y lineamientos a los cuales se ajustaría su actuación en el desarrollo de la referida potestad. O sea, que en ese sentido todo apuntaba hacia el establecimiento de una especie de reserva casi absoluta para la Administración, configurada tanto desde el punto de vista legislativo (decreto ley), como desde el punto de vista ejecutivo (reglamento), por el Poder Ejecutivo Nacional.

Si esa era la intención de los anteproyectistas es evidente que al cambiar la naturaleza de la Ley, de alguna manera la misma resultó afectada, pues ahora esos principios y lineamientos quedan en el marco de la reserva legal, y por tanto, únicamente pueden ser fijados por la Asamblea Nacional. Hay que nacer notar que como sólo se cambió el nombre de la Ley y todo el resto del dispositivo no varió, se mantuvo la redacción original, la cual por supuesto sí se correspondía con la idea de crear una especie de monopolio de la potestad organizativa en materia ministerial y demás órganos de la Administración Pública Nacional.

En efecto, basta solamente leer el precepto para percatarse que incluye a todas las fases en que se desagrega la potestad organizatoria, puesto que especifica en que consiste el ejercicio de dicha potestad: **fijar el número, organización y competencias**, o sea, darle existencia jurídica, establecer su estructura esencial y complementaria y hacer la asignación de competencias entre los distintos órganos que integren la estructura organizativa. Quedaría únicamente la puesta en marcha (dotación de recursos materiales y personales) que generalmente hasta ahora no forma parte en Venezuela de la potestad organizatoria, porque está más vinculada con las previsiones que deben hacerse en las leyes presupuestarias, siempre atendiendo a las manifestaciones de esa potestad.

Planteada así la cuestión no cabe duda, pese a la variación del reenvío: de una ley de base o habilitante a una orgánica, que la nueva Constitución dotó al Poder Ejecutivo de una potestad organizativa de los órganos de la Administración Pública Nacional, como no lo había hecho texto constitucional alguno, en virtud de que le atribuyó todas las fases de la misma, es decir, en la práctica desde la creación hasta la puesta en marcha, produciendo de esa manera una ruptura de la posición sobre el coejercicio de la potestad organizatoria por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la cual conduce a reservar siempre al primero, por lo menos en lo que concierne a los órganos superiores de la Administración Pública, la fase de creación de los mismos.

Es cierto que formalmente el coejercicio se mantiene, porque de conformidad con el artículo 236, num. 20, constitucional, la potestad bajo examen debe ser ejercida por el Ejecutivo Nacional ajustándose a los principios y lineamientos que establezca la Ley Orgánica respectiva, no obstante también es muy cierto que los elementos fundamentales de la misma aparecen atribuidos al Ejecutivo Nacional. Así por ejemplo, un elemento estrechamente vinculado con la fase de creación, como es la fijación del número de Ministerios y demás órganos de la Administración Pública Nacional, que comprende también su supresión, modificación y creación de nuevos órganos. De esa manera la Asamblea Nacional, por lo menos en lo que respecta a los Ministerios y otros órganos nacionales importantes, perdió un elemento clave que siempre había formado parte de la reserva legal, y que sin dudas favorecía la actividad contralora que constitucionalmente ese órgano parlamentario está obligado a ejercer sobre la Administración Pública Nacional, pues la supresión de un Ministerio o la creación de uno nuevo, supone directa o indirectamente un acto de evaluación de la política sectorial desarrollada por el Ministerio que se pretendía extinguir, o de la proyectada para el que se pretenda crear.

Ahora bastará un reglamento organizativo, o la modificación de uno anterior para alterar fundamentalmente la organización de la Administración Pública Nacional, sin que teóricamente la Asamblea Nacional pueda realizar ningún tipo de actividad para evaluar dicha actuación, y en última instancia impedir, si lo considera conveniente, la referida reforma. Inclusive nos atreveríamos a sostener que resultaría de dudosa constitucionalidad, o por lo menos bastante discutible, la negativa de la Asamblea a aprobar una partida en la Ley de Presupuesto, para la creación, por ejemplo, de un nuevo Ministerio, en virtud de que esa es una potestad que la Constitución le atribuye directamente al Presidente de la República en Consejo de Ministros, y cualquier obstáculo a su ejercicio, por vía directa o indirecta, aunque provenga de la Asamblea Nacional, puede llegar a constituir una transgresión constitucional.

Ante la especie de “capitis deminutio” en que queda el Parlamento en el coejercicio de la potestad organizatoria en la Constitución de 1999, los legisladores deberán realizar un trabajo bastante acucioso para establecer los principios y los lineamientos que condicionarán el ejercicio real de esa potestad por el Ejecutivo, porque aparte de las fórmulas organizativas o principios jurídicos de la organización administrativa, tales como la descentralización funcional, la desconcentración, la delegación de atribuciones, etc., que ciertamente tienen que ver con la eficiencia administrativa, pero cuya relación con los atributos de la potestad organizatoria no resulta realmente significativa, tal vez sea sensato establecer, como lo hace la Ley española, que los órganos sólo podrán ser creados si existen previsiones presupuestarias, pero este límite aparente se encuentra con la objeción antes indicada sobre la expresa y categórica facultad que le otorga la Constitución al Ejecutivo para fijar el número de órganos de la Administración Pública Nacional.

Otro límite, también previsto en la señalada Ley extranjera, que podría pensarse en establecer es el relativo a la prohibición de la creación de órganos que vayan a cumplir las funciones de otros ya existentes. Insistimos, en que la redacción y sanción de esa Ley requerirá de un cuidadoso trabajo, basado en la experiencia nacional y en el Derecho Comparado, para lograr sentar lineamientos y principios que atiendan a garantizar el funcionamiento de una Administración al servicio de la colectividad, de manera efectiva, eficiente, imparcial, transparente, participativa etc., pero a la vez que morigeren la enorme potestad organizativa que se le confiere al Poder Ejecutivo en el artículo 236, numeral 20, de la Constitución.

En definitiva, la potestad organizatoria tal como aparece consagrada en el artículo 156, numeral 32, constitucional obedece a la tendencia moderna en esta materia, de dividir el ejercicio de las facultades en que ella se desagrega entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, pero no sucede lo mismo en el artículo 236, numeral 20, ejusdem, pues aunque aparentemente se mantiene dicha tendencia, en realidad lo que se

observa es una concentración casi total de la potestad en el Poder Ejecutivo, quedándole al Legislativo una facultad, que puede calificarse de marginal, dada las características de la potestad atribuida al Presidente de la República, de sentar los principios y lineamientos a los cuales debe sujetarse el Ejecutivo en el ejercicio de la potestad bajo examen.

Finalmente, dada la forma atípica como es conferida la potestad organizatoria al Presidente de la República en el artículo 236, num. 20, constitucional, quedaría por determinar si en virtud de la competencia genérica que tiene la Asamblea Nacional para legislar en todas las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional (art. 187, num. 1), especialmente en materia presupuestaria podría asumir directa o indirectamente parte de esa potestad organizatoria, específicamente la fase de la creación de los órganos de la Administración Pública Nacional. Indudablemente que ello resulta un asunto sumamente complejo, y si bien en un régimen parlamentario la solución se facilitaría, pues la tendencia sería a reivindicar la potestad del Parlamento, en el caso de un régimen presidencialista como el nuestro, en el cual rigen los artículos 137 y 138, constitucionales, esa solución se dificultaría bastante. Sin embargo, reiteramos que la tesis que abogue por la competencia de la Asamblea Nacional, enmarcada en la propia Constitución y en el Derecho Comparado, no luce para nada desacertada, y podría servir de fundamento a un recurso de interpretación, o para defender una norma legislativa de ese tenor que llegue a ser objeto de la acción de inconstitucionalidad.

11.1.6.2.3. **La potestad organizatoria en la Ley Orgánica de la Administración Pública de septiembre de 2001.**

11.1.6.2.3.1. **La constitucionalidad de las disposiciones que regulan a las Administraciones Públicas de los Estados y los Municipios.** Hasta aquí hemos examinado fundamentalmente la potestad organizatoria delineada en el texto constitucional, y al comienzo del capítulo habíamos expresado que en principio si se atendía a la concepción

de Administración Pública recogida en el artículo 141 ejusdem, nos parecía correcto que el Parlamento Nacional sancionase una Ley que regulase a la Administración Pública en singular, sin atender, a la sectorización que resulta de la forma de Estado Federal descentralizado con que la propia Constitución configura a Venezuela. Dicho de manera más sencilla: sin tomar en cuenta que existen Administraciones Públicas, especialmente las que se originan en el correspondiente aparejamiento a los entes territoriales: Administración Nacional, de los Estados y de los Municipios.

Pues bien, una vez concluido ese análisis de las normas constitucionales que disciplinan a la potestad organizatoria, comprobamos que ellas reservan de manera general y especial la regulación de la materia concerniente a la organización administrativa a la Asamblea Nacional, y lo que es más importante aún: que esa regulación está referida exclusivamente a la **Administración Pública Nacional**, lo que por lo demás resulta totalmente congruente con el principio elemental y ortodoxo de todo un Estado Federal, atinente a la existencia de cláusulas constitucionales contentivas de las competencias, en el caso venezolano administrativas y normativas, atribuidas a cada uno de los entes territoriales que integran al Estado que adopta la referida forma.

En efecto, el artículo 156, numeral 32, constitucional, estatuye claramente que la ley que dicte la Asamblea debe estar destinada a disciplinar la organización y funcionamiento de los órganos del **Poder Público Nacional**, y demás órganos e instituciones **nacionales del Estado**, o sea, que cuando habla de órganos del Poder Público Nacional, así como instituciones nacionales del Estado o República, coloca un límite infranqueable al ejercicio de la potestad legislativa, erigiendo en su ámbito material exclusivo al denominado Poder Nacional, y en términos de la materia que estamos examinando, a la Administración Pública Nacional.

El artículo 236, numeral 32, ejusdem resulta en sintonía con el anterior, puesto que encarga de trazar ese mismo límite a la Ley Orgánica

que debe establecer los principios y lineamientos a que debe sujetarse la potestad organizatoria que se le confiere al Presidente de la República en Consejo de Ministros. Ciertamente que a esta conclusión se llega por vía indirecta, pero mediante un razonamiento lógico casi incuestionable, dado que el precepto bajo examen, como dijimos precedentemente, consagra una excepción a la potestad organizatoria del Parlamento, al reservar al Poder Ejecutivo el ejercicio de dicha potestad **exclusivamente sobre los Ministerios y demás órganos de la Administración Pública Nacional, así como sobre el Consejo de Ministros**, luego, resulta obvio, en primer lugar que los lineamientos que contendrá la Ley Orgánica tendrán que estar referidos únicamente a la Administración Pública Nacional, en los términos antes expresados, razón por la cual no pueden regir sobre la potestad organizatoria de las Administraciones Públicas Estadales y Municipales, y en segundo lugar, que el texto de la ley a que reenvía el dispositivo constitucional debe estar destinado a regular exclusivamente a la **Administración Pública Nacional**.

A los razonamientos anteriores debe añadirse que el artículo 187 de la Constitución, norma atributiva de las competencias a la Asamblea Nacional, acota en su numeral 1,la **potestad legislativa del Parlamento**, y en tal sentido estatuye, al igual que casi todos los textos constitucionales anteriores, que le corresponde " **Legislar** en las materias de la **competencia nacional**, y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del **Poder Nacional**". O sea, que no existe posibilidad alguna, salvo que la propia Constitución lo estableciese expresamente que el ejercicio de esa potestad legislativa pueda recaer sobre una materia que escape a la competencia nacional, o sobre el funcionamiento de un órgano que no pertenezca al Poder Nacional, de tal suerte que la armonización de este precepto con los dos anteriores, conduce a sostener que la voluntad del texto constitucional no es otra que la de imponer a la Asamblea Nacional el deber de sancionar una Ley Orgánica que regule solamente a la Administración Pública Nacional.

En suma, a la luz de los razonamientos anteriores pareciera concluyente que la Ley Orgánica de la Administración Pública que sancione la Asamblea Nacional, debería regular sólo a la Administración Pública Nacional, razón por la cual toda disposición de la misma que pretenda disciplinar a las Administraciones de los Estados y de los Municipios presentaría serios visos de inconstitucionalidad. No obstante, reconocemos que la situación no deja de ser compleja, pues a los fines del análisis de la situación en forma global, resulta necesario volver sobre el planteamiento de las disposiciones generales y específicas y especiales presentes en la Constitución, y en tal sentido conviene recordar que el artículo 141, contentivo de la definición de la Administración Pública tendría el carácter de las primeras (generales), y los artículos 156, numeral 32, y 236, numeral 20, tendrían el carácter de las segundas (específicas), desde luego, que en lo tocante a la especie denominada Administración Pública Nacional, motivo por el cual, siendo coherente con la tesis que manejamos precedentemente acerca de la relación potestad general organizatoria (artículo 156, num. 32) y potestad organizatoria específica (art. 236, num. 20), si existiera alguna posible colisión entre las aludidas normas constitucionales, deberían primar las segundas; y en consecuencia, la Ley debería estar limitada a regular la Administración Pública Nacional.

Lo cierto es que la Asamblea Nacional, pese a que según noticias de prensa conoció el informe de la Procuraduría General de la República, en el cual al parecer se le imputaban inconstitucionalidades a determinados artículos del Proyecto, cuyo contenido desconocemos, lo que nos impide saber si alguna de ellas coincide con la tesis expuesta anteriormente, sancionó sin mayores discusiones al respecto, la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo ámbito de aplicación comprende a la Administración Pública Nacional, a las Administraciones de los Estados y a las Administraciones de los Municipios. Ignoramos si el Ejecutivo Nacional hará valer en el marco del procedimiento constitucional las observaciones de la Procuraduría, y devolverá la Ley a la Asamblea Nacional.

Cabe advertir finalmente que no rechazamos la posibilidad de que en el marco de la Constitución de 1999 pueda ser dictada una Ley Orgánica de la Administración Pública, o mejor de las Administraciones Públicas, que regule los principios jurídicos de la organización administrativa y un procedimiento administrativo común, como ocurrió en España en 1992.

11.1.6.2.3.2. **Los principales principios y lineamientos de la Ley Orgánica de la Administración Pública que condicionan el ejercicio de la potestad organizatoria por el Poder Ejecutivo.** Dado los fines didácticos de la presente obra, y dada la importancia de los lineamientos y principios que debe contener, según la Constitución, la mencionada Ley, los cuales valen, independientemente del ámbito de aplicación del texto legislativo: Administración o Administraciones Públicas, en este acápite nos limitaremos a ubicar y a transcribir los principales de ellos presentes en la novísima Ley Orgánica de la Administración Pública, entre los cuales destacan los contenidos sus artículos 15, 16 y 17, que prescriben respectivamente:

> *Articulo 15 "Los órganos y entes de la Administración Pública se crean, modifican, y suprimen por los titulares de la potestad organizativa conforme a lo establecido en la Constitución y la ley .*
>
> *Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los estados y de los municipios.*
>
> *Son órganos las unidades administrativas de la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo".*
>
> *Artículo 16 "La creación de órganos y entes administrativos se sujetará a los siguientes requisitos:*

1. Indicación de la finalidad y delimitación de sus competencias o atribuciones.

2. Determinación de su forma organizativa, su ubicación en la estructura de la Administración Pública y su adscripción funcional y administrativa.

3. Previsión de las partidas y créditos presupuestarios necesarios para su funcionamiento. En las correspondientes leyes de presupuesto se establecerán las partidas destinadas al financiamiento de las reformas organizativas que se programen en los órganos y entes de la Administración Pública.

La supresión o modificación de los órganos y entes administrativos se adoptará mediante actos que gocen (sic) de rango normativo igual o superior al de aquellos que determinaron su creación o última modificación.

No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes, si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos".

Artículo 17 " No podrán crearse nuevos órganos o entes en la Administración Pública que impliquen un aumento en el gasto recurrente de la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios sin que se creen o prevean nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento".

Ha de advertirse que la Ley contiene otra serie de principios muy importantes, como los denominados de " funcionamiento planificado y control de la gestión y de los resultados" de "eficacia en el cumplimiento de metas y objetivos", de "eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos", de "suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales", y de " simplicidad, transparencia y cercanía organizativa a los particulares", todos ellos están vinculados al **funcionamiento** de los órganos y entes que conforman a la Administra-

ción Pública, el cual no está incluido entre las variables mencionadas en el artículo 236, numeral 20, de la Constitución, en las que se desagrega la potestad organizatoria conferida al Presidente de la República, las cuales son la fijación del **número, la organización y competencia** de los Ministerios y demás órganos que integran a la Administración Pública Nacional. En cambio, los principio recogidos en los artículos transcritos supra sí están íntimamente vinculados, con la creación y el establecimiento de sus competencias.

Así, el artículo 15 transcrito en realidad es redundante, puesto que se limita a reenviar a la Constitución y las leyes la identificación de los titulares de la potestad organizativa, a los fines de establecer que son ellos los que pueden crear, modificar y suprimir órganos y entes, o sea, que se requiere hacer una revisión de esos instrumentos normativos para poder saber con certeza a quien corresponde la mencionada potestad, cuando hubiera sido mucho mejor, que el dispositivo bajo examen lo sistematizara y especificara, debido a que sustantivamente el precepto legal se limita a repetir el esquema constitucional, y no a desarrollarlo. En todo caso ya sabemos que la creación, supresión y modificación de entes públicos es materia de reserva legal (art. 142 y 136, num. 32 const.); que los entes estatales, concebidos como integrantes de la Administración Pública, en principio de conformidad con las previsiones constitucionales entran en la esfera de la potestad organizatoria del Ejecutivo Nacional, y la creación de todos los órganos que integran a la Administración Central corresponde también al Ejecutivo Nacional (art. 236, num. 20 const.), desde luego, que la creación de determinado tipo de órganos simples que forman parte de otros complejos, puede estar atribuida por Reglamentos Orgánicos e Internos, a otros funcionarios, distintos del Presidente de la República. En todo caso, cabe advertir que la modificación o supresión de los órganos o entes deben ser realizados mediante instrumentos normativos de igual rango que los utilizados para la creación. Así lo dispone el artículo 16 ejusdem, desde luego, que esta previsión no se aplica a la modificación y supresión de los entes estatales de derecho privado.

El artículo 16 establece en forma taxativa los requisitos que deben cumplirse para la creación de órganos y entes, los cuales resultan bastantes explícitos, puesto que aluden a la necesidad de indicar tanto su finalidad como su esfera competencial, la determinación de su forma organizativa, la cual en todo caso debe inscribirse en alguna de las previstas legalmente, por ejemplo, Comisiones, Comisionados, Servicios Autónomos sin personalidad jurídica, autoridades únicas de áreas, Direcciones Regionales de órganos nacionales, así como cualquier otra que aparezca prevista legalmente, ya que el Poder Ejecutivo carece de competencia para crear órganos cuya forma no aparezca contemplada en un texto legal, debido a que –reiteramos– el atributo de la potestad organizatoria delineada en la Constitución, consiste en la fijación del número de órganos, los cuales nominativamente ya deben preexistir.

Igualmente exige dicho dispositivo que los órganos o entes se ubiquen en la estructura de la Administración Pública, razón por la cual los órganos, aunque estén dotados de autonomía funcional, como en el caso de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, deben insertarse en la estructura de un órgano nacional complejo, verbigracia un Ministerio, sin que ello autorice a predicar una "adscripción", como lo exige el precepto bajo examen, pues de la misma sólo es posible hablar cuando la relación que se configura es de naturaleza intersubjetiva, como en el caso de los Institutos Autónomos, de las empresas del Estado, y de las asociaciones civiles y Fundaciones del Estado, salvo que se pretenda calificar como "adscripción funcional" a esa inmediación o incrustación interorgánica que se da por ejemplo entre un Ministerio y un servicio autónomo sin personalidad jurídica.

El último requisito consiste en la demostración de la previsión de la partida y los créditos presupuestarios del órgano o ente que se pretende crear, lo que constituye una novedad en esta materia, y aparece estrechamente vinculado con el principio de responsabilidad fiscal contemplado en el artículo 17 ejusdem. Por otra parte, el precepto establece la sana prohibición de crear nuevos órganos o entes que supongan duplicación

de otros ya existentes, si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos. Y finalmente establece que la modificación o supresión de los órganos y entes que formen parte de la Administración, deberá ser acordada por actos normativos de igual o superior rango que los utilizados para su creación.

El artículo 17 establece categóricamente el denominado principio de "responsabilidad fiscal", el cual además de constituir una novedad, apunta hacia la dirección correcta de poner orden o límites a la potestad organizatoria de la Administración, pues a partir de la entrada en vigencia de la Ley, sólo podrán crearse nuevos órganos o entes, cuando dicha creación no comporte un aumento del gasto recurrente de la República. En todo caso cuando se produzca dicho aumento entonces deberán preverse nuevas fuentes de ingresos ordinarios de igual o mayor magnitud a la necesaria para permitir su funcionamiento. Los referidos principios y lineamientos son los más importantes que matizan o modulan el ejercicio de la potestad organizatoria, que el artículo 236, numeral 20, de la Constitución atribuye al Presidente de la República en Consejo de Ministros.

11.2. **La Administración Central Nacional.**

11.2.1. **Definición.** Para iniciar el desarrollo de este punto recordamos que la Administración Pública, se divide **verticalmente** sobre la base de su aparejamiento a cada uno de los entes públicos territoriales en que se desagrega el Estado u Ordenamiento General, en Administración Nacional, de los Estados o Estadal y de los Municipios o Municipal, y que cada una de esas Administraciones a su vez se divide **horizontalmente** en Central y Descentralizada. Nos corresponde estudiar únicamente a la **Administración Pública Central Nacional**, la cual es el conjunto de órganos, que generalmente funcionan o "residen" en la capital de la República, pero que extienden sus competencias a todo el territorio nacional, dependientes jerárquicamente del Presidente de la República, en su carácter de jefe de la misma, cuyos actos se imputan a la República, conceptuada como personificación del Estado.

La definición anterior tiene un carácter meramente descriptivo, en virtud de que identifica los rasgos generales que caracterizan dicha rama de la Administración Pública Nacional, por lo que se impone examinar sucintamente cada uno de ellos. En ese orden metodológico cabe señalar, en primer término, que la rama de la Administración Nacional, denominada Administración Central, en sí misma no es una estructura organizativa, ni está dotada de personalidad jurídica, pues se trata de una abstracción conceptual que permite referirse a un conjunto de órganos, todos los cuales existen, en tanto y en cuanto, el ordenamiento jurídico les ha atribuido la tutela de determinados intereses públicos, razón por la cual a la vez que sistematiza su organización y funcionamiento, para el logro de un fin unitario, los califica para expresar la voluntad de la República frente a terceros. Por tanto, tratándose de un sistema formado por órganos, cada uno de ellos con sus propias competencias, resulta lógico que ese sistema (Administración Central como tal), carezca de personalidad jurídica, como también carecen de subjetividad cada uno de los órganos que lo integran, pues éstos son las unidades administrativas mediante las cuales expresa la voluntad una persona jurídica o ente, que en este caso no es otro que la República. De allí entonces, el carácter de abstracción conceptual que revela la expresión normativa y doctrinaria "Administración Central".

En ese mismo orden de razonamiento es preciso dejar sentado que cuando se dice que la Administración Central se subsume en la personalidad jurídica de la República, lo que en realidad se pretende afirmar es que cada uno de los órganos que integran esa rama de la Administración Nacional, en ejercicio de sus competencias, expresan válidamente la voluntad de la República, razón por la cual todos sus actos así como los efectos de los mismos, les son imputables a esa persona jurídica pública. De otra parte, debemos advertir que durante la vigencia de la Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC) dicho texto legislativo en su artículo 5º establecía que la estructura organizativa de esta rama de la Administración se articulaba sobre la base del principio de jerarquía, y colocaba en el vértice de esa organización al Presidente de al República,

cuando expresaba que "la Administración Central se encuentra bajo la dirección y control general del Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional".

La citada disposición de la LOAC de 1999, transcrita parcialmente, respondía a una interpretación del artículo 181 de la Constitución de 1961, que erigía al Presidente de la República en Jefe del Ejecutivo Nacional, la cual se repite en términos idénticos en el artículo 226 de la Constitución de 1999. Pero la condición de Jefe de toda la Administración Pública, del Presidente de la República, y por ende de la Administración Central, aparece consagrada, de manera indirecta, en el artículo 239, numeral 2, ejusdem, que preceptúa "Son atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva 1. Omissis 2. Coordinar la Administración Pública Nacional de conformidad **con las instrucciones del Presidente o Presidenta de la República**" (énfasis añadido). La sola lectura del dispositivo transcrito revela el mencionado carácter del Presidente de la República, pues únicamente puede dar instrucciones sobre la coordinación de la Administración Pública, al **Vicepresidente Ejecutivo**, el máximo jerarca o jefe supremo de la misma; de allí entonces que resulte casi indiscutible la colocación del Presidente de la República en el vértice de la Administración Central Nacional.

Este carácter del Presidente de la República también aparece señalado en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), el cual prescribe "El Presidente o Presidenta de la República en su carácter de Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, dirige la acción del gobierno y **de la Administración Pública Central del Poder Nacional** con la colaboración inmediata del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, conforme a lo establecido en la Constitución y en las leyes".

Conviene subrayar que si bien a la cabeza de la Administración Central está el Presidente de la República, lo que ya de por sí revela una clara relación de jerarquía, esta fórmula organizativa está en la

base de la estructura de la Administración Central, o mejor de los órganos que la integran, por disponerlo así el citado artículo 28 de la LOAP, el cual dispone que los "órganos de la Administración Central están jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de competencias en niveles organizativos", y que los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección y control de los órganos superiores de la Administración Central, especificado en el aparte único que establece "El incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento...".

La denominación de "Central" se origina en la fórmula organizativa de la "centralización administrativa", la cual en criterio de SAYAGUES(1963) indica el conjunto de órganos administrativos enlazados bajo la dirección de un órgano central único; definición esta que se ajusta claramente a la previsión contenida en la LOAP (art. 45), dado que además existir el mencionado órgano central, junto con los otros que complementan la estructura organizativa, "residen" o funcionan en la capital, pero ejercitan sus competencias sobre todo el territorio nacional, generalmente mediante un conjunto de órganos periféricos, unidos a los centrales a través de la señalada figura de la jerarquía administrativa, que ejercen sus funciones en determinados ámbitos territoriales, que pueden coincidir o no con la división político territorial del de la República, para lo cual se acude a la figura de la desconcentración administrativa vertical o periférica. Por esa razón algunos autores suelen hablar de una "Administración Periférica", pero en realidad, por lo menos en Venezuela, es la misma Administración Central desconcentrada vertical o regionalmente, en virtud de que los intereses que tutelan esos órganos desconcentrados o "Administración Periférica", son intereses nacionales, es decir los atribuidos a la Administración Central.

11.2.2. **Integración de la Administración Central. Clasificación de sus órganos.** Hasta la pérdida de vigencia de la Constitución de 1961, privaba la tesis que preconizaba el número cerrado de órganos que integraban esta rama de la Administración Nacional, el cual se determinaba generalmente mediante el examen de la Ley Orgánica de la Administración Central, y todo indica pese a la amplitud con que es atribuida la potestad organizatoria al Presidente de la República por el artículo 236, numeral 20, que dicha tesis continuará privando. Por supuesto que nos referimos a categorías o clases de órganos, las cuales sólo pueden tener su origen en la Constitución (Ministerios, Ministros, Consejos de Ministros, etc.) y en la Ley (Autoridades Unicas de Areas, Comisionados Presidenciales, Oficinas Nacionales, etc.), y no al número de los órganos de cada una de esas categorías, que es la facultad que integra la potestad organizatoria que se le atribuye al Presidente de la República en el citado artículo 236, num. 20 constitucional, y no la de crear nuevos órganos en el sentido antes indicado (categoría de órganos), la cual es una materia de reserva legal a tenor de lo pautado en los artículos 187, num. 1 y 156, num. 32 ejusdem.

Atendiendo a los razonamientos anteriores se impone el estudio de la situación normativa vigente, que no es otra que la recogida en la LOAP, la cual contiene la enumeración de los órganos que deben integrar a la Administración Central. Claro está que nos referiremos exclusivamente a los órganos centrales, y no a los periféricos desconcentrados de éstos (órganos simples), e igualmente examinaremos a la Constitución de 1999, para identificar a los órganos administrativos de relevancia constitucional, sean de Administración activa o consultiva. Debemos aclarar que nos referiremos a clase de órganos, y no a los órganos específicos, que entran en cada clase, lo que quiere decir, por ejemplo, que analizaremos los Ministerios como género, mas no a cada uno de ellos, salvo en el caso de determinados órganos constitucionales o de relevancia constitucional.

Pues bien, siguiendo la metodología antes indicada es posible hacer una clasificación de los órganos de la Administración Central, por una parte en unipersonales o monocráticos y colegiados, y por otra en activos, consultivos y contralores. La Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 mantiene prácticamente igual la clasificación de los órganos de la Administración Central, prevista en la LOAC, en virtud de que contempla las siguientes categorías: a) **superiores**, los cuales divide en a-1 activos: el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, el Consejo de Ministros, los Ministros y los Viceministros, y a-2 de consulta: la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes ministeriales (art. 45); y b) los **demás órganos**: Consejos Nacionales, los Comisionados Presidenciales, las Comisiones Presidenciales e Interministeriales, las Autoridades Unicas, las Oficinas Nacionales y los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica (art. 73,74,75, 78 y 95).

De la exposición anterior se desprende que la regulación contenida en la Ley Orgánica de la Administración Pública coincide casi en su totalidad, con la que resultaba de armonizar la LOAC de 1999, con la Constitución. Por tanto, seguiremos en el examen de cada uno de los órganos esa orientación, con las puntualizaciones y matizaciones que consideremos conveniente. Así por ejemplo, nos parece que deben añadirse, debido a su especificidad, a esa clasificación los denominados órganos de **control interno**, constituidos por la Superintendencia Nacional de Auditoría de Interna, y las unidades de Control Interno.

Pero antes de comenzar ese examen, debemos hacer notar que los dos textos legislativos mencionados se adscriben a la tesis doctrinaria italiana, que quizás a los fines de intentar establecer alguna diferencia, aunque sea nominal, desde el punto de vista orgánico, entre administración y gobierno, alude a los "órganos de alta Administración". En efecto, tanto la LOAC, de 1999, como la LOAP, a diferencia de la Ley Orgánica de la Administración Central de 1976, con todas sus sucesivas reformas, utilizan la expresión, "órganos superiores", e inclusive llegan hasta a asignarle sus competencias o funciones generales (art. 20 y 46).

11.2.3. **Las funciones de los órganos superiores de la Administración Central (tendencia a reproponer la confusión entre gobierno y administración).** La LOAP, en su artículo 46, modifica significativamente la asignación de funciones a los órganos superiores de la Administración Central, prevista en el artículo 20 de la LOAC de 1999, al estatuir que:

> *"Corresponde a los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con la Constitución y las leyes.*
>
> *Asimismo, tendrán a su cargo la conducción estratégica del Estado y, en especial, la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados.*
>
> *Los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central ejercerán el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores, a los cuales evaluarán en su funcionamiento, desempeño y resultados".*

Un examen preliminar del anterior dispositivo de la LOAP pareciera revelar la buena intención de los legisladores, sobre la base de que la Constitución pretende diferenciar a la Administración Pública del Gobierno, pero como ya dijimos esa diferencia no aparece claramente establecida en el texto constitucional, y ciertamente resulta difícil intentar trazarla sobre la base de la interpretación. No obstante, con la ayuda de la doctrina extranjera hemos sostenido que si alguna diferencia puede inferirse de la Constitución, la misma debe tratar de buscarse situando el análisis en el elemento funcional o sustantivo, para la cual resulta básico acudir a la tesis que postula que corresponde al Gobierno la dirección política del Estado, o el establecimiento de la política general, y a la Administración la ejecución de esa política o políticas. Pues bien, cuando, se examina el referido precepto de la LOAP se observa que la función atinente a la dirección política del Estado se la atribuye a los órganos

superiores de la Administración Central, lo que no contribuye para nada a configurar el referido indicador de distinción desde el punto de vista sustantivo entre Gobierno y Administración, arrojando, de esa manera, más bien sombras sobre el posible intento, a la luz de la Constitución de 1999, de distinguir funcionalmente ambos conceptos.

En efecto, no a otra conclusión puede llegarse cuando el encabezamiento del dispositivo bajo examen estatuye "Corresponde a los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central **dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria**..." Pese a que la disposición que no hace más que repetir casi integralmente el artículo 97 de la Constitución Española, peca de un defecto que al parecer no fue advertido por los legisladores, que consiste en que ese precepto constitucional está referido precisamente **al gobierno**, o sea, que contiene la definición funcional del gobierno, y no de la Administración. Más aún: tampoco al parecer se percataron que el artículo copiado encabeza el título denominado "Del Gobierno y de la Administración", y que el artículo 103 de ese mismo Título es el encargado de definir a la Administración Pública.

Esa transcripción casi mecánica del precepto constitucional español, sin dudas que no responde a la tesis implícita en nuestra Constitución de diferenciar, desde el punto de vista funcional, al gobierno de la Administración; antes por el contrario, como expresamos antes, coloca serios obstáculos al intérprete, quien en todo caso siempre podrá recurrir al argumento atinente al principio de supremacía constitucional, y postular la inaplicación del esquema normativo bajo examen. En esa línea argumental es posible descartar que corresponda a la Administración Pública Central, conceptuada subjetivamente, la función de dirigir la política interior y exterior de la República, pues en el marco de la doctrina del Derecho Constitucional por lo menos la primera función, siempre ha sido atribuida al Jefe del Gobierno (política interior) y al Jefe del Estado (política exterior), y ambas al Presidente de la República, en un régimen

presidencialista como el venezolano. Así mismo existe una tendencia, dada la entidad de la potestad reglamentaria, que se traduce en la emanación de normas jurídicas que pasan a integrar el Ordenamiento General, máxime si ella abarca casi "de facto" a la facultad de dictar reglamentos independientes, de atribuírsela también al gobierno.

Ahora bien, cabe recordar que las nuevas tendencias doctrinarias apuntan hacia la superación de la tesis que postula que corresponde al gobierno, como integrante del Poder Ejecutivo, más que **ejecutar** en el sentido clásico, señalan que le corresponde más bien **dirigir**, es decir, jugar un rol protagónico en el proceso de toma de decisiones y garantizar la eficacia de las mismas. De alguna manera tal tendencia pareciera encontrar cierto sustento en la Constitución de 1999, otorgándole ese papel, en virtud del régimen presidencial venezolano, al Presidente de la República, a quien se atribuye la función de **dirigir la acción del Gobierno** (art. 226 y 236, num. 20). Luego, esa función directiva de la política interior y exterior no puede corresponder a la Administración Pública, ni tampoco, por las razones antes expuestas, la potestad reglamentaria.

De esa exclusión resulta que del encabezamiento del artículo 46 de la LOAP, únicamente podría reclamarse como competencia de los órganos superiores de la Administración Central, **el ejercicio de la función ejecutiva**, la cual consiste en ejecutar las políticas públicas adoptadas por el Gobierno, mediante la emanación de actos, prestaciones, actuaciones materiales, planes etc., correspondiéndole igualmente hacer el seguimiento del proceso de ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados, como bien lo precisa el primer aparte del artículo 46 de la LOAP, pero en cambio debe rechazarse, por las mismas razones antes expuestas, que entre en la esfera de competencia de los órganos superiores de la Administración Central, "la conducción estratégica del Estado, y en especial la formulación de las políticas públicas...", como lo estatuye ese mismo esquema normativo.

En cambio, sí compete a los referidos órganos superiores, como lo preceptúa el segundo aparte del artículo 46 bajo análisis, "ejercer el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores, a los cuales evaluarán en su funcionamiento, desempeño y resultados".

11.2.4. **Los órganos superiores activos de la Administración Central.**

11.2.4.1. **El Presidente de la República.** En Venezuela, conforme al texto constitucional, rige un sistema presidencialista de gobierno, lo que impone que el Presidente de la República sea a la vez Jefe del Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 226 const.), carácter este con el que **dirige la acción del Gobierno**, que por lo demás es la primera atribución que le confiere el artículo 236, numeral 2, constitucional. En cambio, no lo erige expresamente la Constitución en el máximo jerarca de la Administración Pública Nacional, como sí está previsto, por ejemplo, en la Constitución Colombiana en su artículo 189, que prescribe que el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Ejecutivo Nacional y **la suprema autoridad administrativa**. Sin embargo, como lo expusimos precedentemente, el referido carácter aparece implícitamente establecido en el artículo 239, numeral 2, del texto constitucional, que al enumerar las competencias del Vicepresidente Ejecutivo incluye la de coordinar a la **Administración Pública Nacional** de conformidad **con las instrucciones del Presidente de la República**. De modo, pues, si el Presidente dicta instrucciones al Coordinador de la Administración Pública, una sencilla inferencia conduce a sostener que sólo puede realizar esa actividad si está investido del carácter de máximo jerarca de la Administración Pública Nacional; pero en caso de que existiera alguna duda sobre esta tesis interpretativa, el artículo 47 de la LOAP se encarga de disiparla, al estatuir que corresponde al Presidente de la República **dirigir a la Administración Pública Central** del Poder Nacional.

En el marco de esta tesis queda claro que el Presidente de la República es el Jefe de la Administración Pública Nacional, tanto de la Central como de la Descentralizada, razón por la cual en ese rol detenta todos los atributos en que se desagrega la fórmula organizativa de la jerarquía. Sin embargo, el análisis de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico demuestra que son muy pocas las funciones administrativas específicas que se le atribuyen al Presidente de la República como órgano unipersonal, pues debe suponerse que el rol de máximo jerarca lo ejercita en actividades de dirección de la Administración Pública Nacional. Efectivamente, ese análisis permite identificar poquísimas funciones sustancialmente administrativas que ejerce el Presidente de la República por sí solo, es decir, sin necesidad de refrendo del Vicepresidente Ejecutivo o de uno o de varios Ministros, ni de la aprobación del Consejo de Ministro.

Así en ese orden de razonamiento es posible enumerar únicamente dos atribuciones constitucionales, de naturaleza administrativa, a saber el nombramiento y remoción de Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros (art. 236, num. 3), y el ejercicio de suprema autoridad de las Fuerza Armada Nacional, así como fijar su contingente (art. 236, num. 5). Por vía doctrinaria se agrega la potestad de dictar Instructivos Presidenciales, ahora en su carácter de Jefe de la Administración Pública Nacional (art. 239, num. 2 const. y 47 de la LOAP).

La Constitución de 1999 repite, con poquísimas variaciones, en su artículo 236 la norma contenida en el artículo 190 de la Carta Constitucional derogada, que enumeraba las competencias administrativas que ejercía el Presidente de la República en Consejo de Ministros, razón por la cual entre las que se mantienen y las nuevas que se añaden resultan las siguientes: a) negociar empréstitos nacionales (art. 236, num. 12), b) decretar créditos adicionales al presupuesto (art. 236, num. 13); c) celebrar contratos de interés nacional (art. 236, num. 14); d) dirigir la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo (art. 236, num. 18) y; e) crear, modificar o suspender servicios públicos en casos de urgencia compro-

bada (art. 196, num. 6). Por otra parte, ejerce con el Ministro del sector, o con el Vicepresidente Ejecutivo, según el caso, las siguientes: a) Administrar la Hacienda Pública Nacional (art. 236, num. 11); b) designar al Procurador General de la República y a los jefes de las misiones diplomáticas (art. 236, num. 15); c) nombrar y remover a los funcionarios públicos, cuya designación le atribuyan la Constitución y las leyes (art. 236 num. 16); y d) convocar y presidir al Consejo de Defensa de la Nación (art. 236, num. 23).

En conclusión, el Presidente de la República, como ha quedado demostrado, ejerce pocas pero muy importantes competencias sustancialmente administrativas, bien por sí solo, en Consejo de Ministros, o con el Ministro del sector, pero debe añadirse que también las leyes, con arreglo a la competencia residual delineada en el citado artículo 236, numeral 24 constitucional, pueden atribuirle competencias administrativas al Presidente de la República, para que las ejerza sólo, en Consejo de Ministros, o con el Vicepresidente Ejecutivo o Ministro o Ministros del sector.

Por último, si se quisiera caracterizar la figura del Presidente de la República en el contexto del marco conceptual desarrollado en este libro, podría decirse que es un órgano individual o monocrático, ordinario, en el sentido de que es parte necesaria de la organización administrativa venezolana, externo, aunque la calificación sea un tanto redundante, porque expresa la voluntad de la persona jurídica del Estado frente a terceros, y de administración activa, porque emana proveimientos administrativos.

11.2.4.2. **El Vicepresidente Ejecutivo.** Este órgano constituye una innovación en la Constitución de 1999, aunque tal figura, con otra y muy diferente connotación constitucional (suplir las faltas absolutas del Presidente de la República) aparece en los textos constitucionales de 1922 y 1925, y es definido en el artículo 238 de la aludida Carta Constitucional como " **órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Pre-**

sidenta de la República, en su condición de Jefe o Jefa del Ejecutivo Nacional". Por supuesto que no nos corresponde examinar la figura del Vicepresidente Ejecutivo desde la perspectiva del Derecho Constitucional, sino desde la óptica del Derecho Administrativo, en virtud de que conforme al artículo 45 de la LOAP es uno de los órganos superiores de dirección (activos) de la Administración Central. En ese orden de ideas cabe señalar que el precepto constitucional transcrito se encarga de deslindar la función que debe ejercer, al establecer que es órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional, por tanto, le corresponden ejercer funciones tanto de gobierno como administrativas.

Pero si pudiera generarse alguna duda respecto a la naturaleza de las funciones que debe ejercer, la propia Constitución se encarga de disiparla, en virtud de que en términos muy claros estatuye que corresponde al Vicepresidente Ejecutivo colaborar con el Presidente de la República en la dirección de la acción del Gobierno (art. 239, num. 1), y coordinar la Administración Pública Nacional siguiendo las instrucciones del Presidente de la República (art. 236, num. 2). Conviene destacar que la asignación de la referida función coordinadora, resultó al parecer de las discusiones que se suscitaron en la Asamblea Nacional Constituyente, porque originalmente el esquema normativo del Anteproyecto, que inclusive fue aprobado en los mismos términos en las dos discusiones, fue concebido así: " **Coordinar las relaciones del Gobierno con la Administración Pública"**. Lo cierto es que el referido dispositivo fue modificado, sin ningún tipo de discusión, suponemos que por la Comisión Especial de Consenso designada por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando presentó su informe en la sesión del 15 de diciembre de 1999, con la intención de tornarlo congruente con otros preceptos aprobados precedentemente, lo que sin dudas, pese a que al parecer no fue objeto de discusión en la plenaria, contribuyó a mejorarlo significativamente, o mejor dicho, lo ajustó al marco de la connotación conceptual que en esquemas normativos anteriores se le había dado al Gobierno y a la Administración Pública.

Pues bien, para examinar el rol del Vicepresidente Ejecutivo como órgano superior de la Administración Central es necesario seguir la misma metodología utilizada en el caso del Presidente de la República, esto es, escrutar las normas constitucionales, para determinar cuándo actúa en ejercicio de la función gubernativa y cuándo en la función administrativa. Y salta a la vista que la más importante función de esta naturaleza consiste en coordinar la Administración Pública Nacional, siguiendo las instrucciones del Presidente de la República. Para determinar el alcance de esa atribución, es preciso señalar, en primer lugar, que la coordinación se extiende a todos los órganos y entes de la Administración Pública Nacional; por tanto, incluye tanto a la rama denominada Administración Descentralizada funcionalmente, como a la rama de la Administración Central, objeto de nuestro estudio.

En segundo lugar, se impone determinar el modelo de coordinación que pretende consagrar la Constitución, pues como expusimos en el capítulo anterior, la misma puede funcionar sobre la base de una relación de paridad entre todos los órganos y entes coordinados, produciéndose entonces un mecanismo de colegialidad que torna posible el funcionamiento de la figura bajo la premisa de que todos los órganos y entes son a la vez coordinados y coordinadores; pero igualmente pueden funcionar, pese a la autonomía de los órganos y entes coordinados, presididos por una relación de desigualdad, al erigirse entre ellos un "primus interpares", que es erigido en coordinador.

El examen de la preceptiva constitucional revela la voluntad de consagrar la última tesis acerca de la fórmula organizativa expuesta, de tal manera que el Vicepresidente Ejecutivo, si bien tiene que utilizar como metodología la búsqueda de consensos para lograr el fin unitario al cual están obligados a converger todos los órganos que forman la Administración Central, detenta una dosis de coacción, en términos de la doctrina española, en virtud de la posición de superioridad que le otorga la Constitución (entiéndase en su carácter de coordinador), que le permite orientar las actividades de todos los órganos coordinados en aras del

señalado objetivo unitario. Desde luego que la mencionada "orientación" supone un cierto poder de dirección del Vicepresidente, como consecuencia de la aludida posición de superioridad en que se encuentra en relación con los órganos y entes coordinados.

Aparte de las críticas que desde del punto de vista constitucional se puedan formular a la introducción en nuestro ordenamiento de la figura del Vicepresidente Ejecutivo, sobre todo en el aparejamiento de los votos de censura a la disolución de la Asamblea Nacional (art. 240 const.), desde el punto de vista del Derecho Administrativo es lógico suponer que en los primeros tiempos se suscitarán problemas en la implantación de la fórmula de la coordinación de la Administración Pública, en el contexto del marco conceptual antes expuesto, y ciertamente requerirá algunas normas organizativas que tiendan a tornar fluidas y dinámicas las relaciones entre el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, órganos estos que hasta ahora mantenían una relación directa con el Presidente de la República, que de alguna manera pasa a ser parcialmente indirecta, en virtud de ser órganos coordinados por el Vicepresidente Ejecutivo, pese a que continúan siendo órganos directos del Presidente de la República.

No cabe duda que en ejercicio de esa función de coordinación el Vicepresidente podrá emanar directivas, aunque parezca paradójico, vinculantes para varios o todos los Ministros, así como para el resto de los titulares de la Administración Central, y el incumplimiento de las mismas puede llegar a tener serias consecuencias, dado que el Vicepresidente es el funcionario que monopoliza la potestad de **proponer** al Presidente de la República el **nombramiento** y la **remoción** de los Ministros y Ministras. De modo, pues, que si bien es cierto que no resulta posible predicar una relación de jerarquía entre el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, dado que tanto el primero como los segundos son órganos directos del Presidente de la República, así mismo son responsables de sus actos, igualmente detentan la misma condición de miembros del Consejo de Ministros y responden políticamente ante el Parlamento, al ser susceptibles del voto de censura.

Tampoco puede predicarse una equiparación entre el Vicepresidente y los Primeros Ministros de los regímenes parlamentarios, como al parecer pretendieron algunos constituyentes, que permita postular la referida superioridad jerárquica. O sea, que existe una relación de igualdad sustantiva en el marco del ejercicio de las funciones entre el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros, no obstante el concepto de coordinación consagrado en el esquema constitucional, así como la potestad propositiva de nombramiento y remoción antes señalada, conducen a sostener que esa igualdad sufre una cierta ruptura, razón por la cual opera una especie de jerarquía atenuada fáctica entre Vicepresidente y Ministros. Es cierto que la atipicidad de esa relación impide que se puedan derivar de la misma todos los atributos de la jerarquía, y es así como no resulta posible, por ejemplo, interponer contra un acto de un Ministro que ejecute una directiva del Vicepresidente Ejecutivo, emanada en su rol de coordinador de la Administración Central, un recurso jerárquico.

Si bien, en nuestro criterio, la tesis expuesta anteriormente es la que resulta posible inferir del texto constitucional, al parecer el legislador siguió otra pauta interpretativa, porque al regular en el artículo 76 de la LOAP las atribuciones comunes de los Ministros, delineó claramente una relación de jerarquía entre el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros. En efecto, el numeral 2 de dicho dispositivo establece “ Son atribuciones comunes de los ministros o ministras con despacho 1.Omissis 4. **Cumplir y hacer cumplir las órdenes** que les comunique el Presidente o Presidenta de la República o **el Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutiva, a quienes deberán dar cuenta de su actuación**, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”. De modo, pues, que más clara no puede quedar establecida la mencionada relación de jerarquía, si se tiene en cuenta que su acto arquetípico es la orden. No obstante, observamos que la referida disposición legislativa excede el marco conceptual y alcance de la previsión constitucional que atribuye a este alto funcionario **coordinar** a la Administración Pública Nacional. Desde luego, que esa potestad jerárquica sólo sería admisible en el marco constitucional en aquellos casos en que el Vicepresidente Ejecutivo ejerza funciones que le han sido delegadas por el Presidente de la República (art. 239, num. 9).

Por otra parte, el análisis del artículo 239 constitucional, que confiere las atribuciones al Vicepresidente Ejecutivo permite calificar como de naturaleza administrativa a las siguientes: a) nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios nacionales cuya designación no esté atribuida a otra autoridad; y b) ejercer las atribuciones de naturaleza **administrativa** que le delegue el Presidente de la República. La LOAP en su artículo 49 añade otras, a saber: c) dirigir y coordinar el proceso de evaluación de los resultados de las políticas públicas (num 10), d) efectuar el seguimiento de las decisiones del Consejo de Ministros (num 11), e) efectuar el seguimiento de las decisiones de las instrucciones impartidas por el Presidente de la República a los ministros (num 12) y; f) Presidir el Consejo de Estado (num. 15).

Igual que hicimos con el Presidente de la República, la caracterización del Vicepresidente arroja el siguiente resultado: es un órgano individual o monocrático, ordinario, en el sentido de que al atribuirle la Constitución la importantísima función de coordinar a la Administración Pública Nacional, así como otras funciones administrativas, e igualmente la LOAP, pasó a ser parte necesaria de la organización administrativa venezolana; externo, aunque la calificación sea un tanto redundante, porque expresa la voluntad de la persona jurídica del Estado frente a terceros, de administración activa, porque emana proveimientos administrativos que ejecutan determinadas políticas públicas. Pero además es un órgano auxiliar, por ser el colaborador inmediato del Presidente de la República, con el cual detenta una posición subordinada (jerarquía) en la esfera administrativa, la cual se deriva del carácter de máximo jerarca de la Administración Pública Nacional del Presidente de la República, que le permite impartirle instrucciones, y de la potestad de nombrarlo y removerlo sin ningún tipo de condicionamiento.

11.2.4.3. **El Consejo de Ministros.**

11.2.4.3.1. **Definición e integración.** Es un órgano colegiado integrado por los Ministros, el Vicepresidente Ejecutivo y el Presidente de

la República, que al igual que éste, como vimos precedentemente, ejerce funciones de gobierno o políticas y administrativas. De conformidad con el artículo 242 constitucional sólo pueden integrar dicho órgano los Ministros, incluyendo a los de Estado, y lógicamente al Vicepresidente Ejecutivo y al Presidente de la República, quien lo preside; por tanto, únicamente mediante una enmienda o una reforma Constitucional podría otro órgano constitucional o no, pasar a integrarlo. Fue por esa razón que la extinta Corte Suprema de Justicia, durante le vigencia de la Constitución de 1961, que igualmente preveía un número cerrado de miembros, anuló el artículo 15, numeral 2, de la derogada Ley Orgánica del Distrito Federal que otorgaba el carácter de miembro de dicho órgano al Gobernador del extinto Distrito Federal.

Cabe observar que el artículo 250 ejusdem, impone al Procurador General de la República, el deber de asistir con derecho a voz, a las sesiones del Consejo de Ministros. Respecto a esta última norma conviene destacar que a diferencia de la contenida en el artículo 203 de la Constitución derogada, la cual facultaba al Procurador para asistir a las sesiones del órgano, cuando fuese convocado por el Presidente de la República, convocatoria que en la práctica se hizo permanente, establece el **deber de asistencia** del referido funcionario al Consejo de Ministros.

Este deber de asistencia del Procurador General de la República es repetido en el artículo 50 de la LOAP, dispositivo que a su vez faculta al Presidente de la República para invitar a otros funcionarios y personas, a las reuniones del Consejo de Ministros, cuando a su juicio la naturaleza de la materia lo justifique. Debe suponerse que la naturaleza de la participación de estos otros funcionarios y personas, será diferente a la del Procurador General de la República, en virtud de que debería estar limitada al punto de la agenda que justifique su intervención.

11.2.4.3.2. **Materias que debe someter el Presidente al Consejo de Ministros.** Cabe señalar, en primer lugar, que la finalidad fundamental del Consejo de Ministros conforme al artículo 51 de la LOAP “es la

consideración y aprobación de las políticas públicas generales y sectoriales que son competencias del Poder Ejecutivo Nacional". Hay que advertir que tal misión que le confiere la Ley al órgano bajo examen, se aproxima más a la función gubernativa que a la administrativa, no obstante, debe quedar claro que la aprobación de esas políticas para entrar en su esfera de competencia deben aparecer consagradas en forma concreta y específica, en la correspondiente norma constitucional o legal. En ese orden de ideas conviene identificar las atribuciones que el Presidente de la República debe ejercer en Consejo de Ministros, las cuales aparecen enumeradas en los numerales 12, 13, 14, 18, 20, 21 y 22 del artículo 236 de la Constitución, algunas de ellas, como vimos anteriormente, tienen un carácter esencialmente administrativo (12,13, 14 y 18).

Además ese mismo esquema constitucional establece que las leyes pueden prescribir que determinadas atribuciones sean ejercidas por el Presidente en Consejo de Ministros, como por ejemplo, la establecida en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, en lo atinente a la fijación de los lineamientos para la formulación del Proyecto de la Ley de Presupuesto (art. 35). Por tanto, el legislador está facultado constitucionalmente para imponer, lógicamente siempre mediante Ley, esa obligación al Presidente de la República. Pero también puede éste, sin que tenga el deber de hacerlo, someter voluntariamente determinadas materias a la consideración del Consejo de Ministros.

11.2.4.3.3. **Naturaleza de las decisiones del Consejo de Ministros.** En realidad no existe consenso doctrinario acerca del carácter vinculante que tienen para el Presidente de la República, las decisiones aprobadas por el Consejo de Ministros. En efecto, el texto constitucional de 1999, igual que el de 1961, a diferencia de lo que ocurría en Constituciones anteriores, que expresamente pautaban que en determinados asuntos se requería la aprobación del órgano bajo examen, se limita a indicar las atribuciones constitucionales que deben ser ejercidas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, no exigiendo, al menos, en forma expresa, que el referido órgano deba

impartirle su aprobación. Tanto AMBROSIO OROPEZA (1971) como la PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1968) coinciden en afirmar que siendo presidencialista el sistema de gobierno venezolano, y puesto que los Ministros deben sus carteras al Presidente, en caso de que la mayoría disienta de la opinión del Presidente, debe privar la de éste.

Es preciso señalar que ésta es la solución del Derecho Norteamericano, pero la misma tiene su fundamento en que ese país el Poder Ejecutivo es ejercido únicamente por el Presidente de los Estados Unidos; de allí la famosa anécdota de la época del Presidente Lincoln, cuando reunido con sus Ministros o Secretarios de Estado se produjo una votación, y el Presidente exclamó: "siete no, y un sí, gana el sí". Los partidarios de la aplicación de esta tesis en nuestro país, señalaban que el artículo 193 de la Constitución de 1961, equivalente al 242 de la vigente, pero referido no a un Ministro sino al Vicepresidente Ejecutivo contribuía a reforzarla, en virtud de que dicho dispositivo estatuía que en caso de que el Presidente encargase a un Ministro –ahora al Vicepresidente Ejecutivo– para que presidiese el Consejo de Ministros, las decisiones que este órgano adoptase carecían de validez sino eran confirmadas por el Presidente, lo que evidenciaba que el único voto decisivo era el del Presidente, en virtud de que podía desautorizar las decisiones del Consejo de Ministros aun cuando hubiesen sido aprobadas por unanimidad. La aludida tesis debería mantener su vigencia, en razón de que la norma que le sirve de fundamento se repite textualmente en la nueva Constitución.

En esa misma línea de razonamiento en un dictamen de la Procuraduría General de la República del año 1968, se sostenía "En Consejo de Ministros es el Presidente quien decide, sin que los Ministros puedan imponerle su opinión aunque sea mayoritaria. En efecto, estos últimos no son sino órganos del Presidente, subordinados suyos, y en consecuencia, mal podrían llegar a imponerle sus pareceres; afirmar lo contrario equivaldría a sostener que sobre la autoridad del Presidente de la República existiría, en el ámbito del Poder Ejecutivo, otra superior, que sería

el Consejo de Ministros, a cuyas decisiones debería aquél someterse cuando, aun siendo contrarias a sus personales convicciones, fuesen la expresión mayoritaria de los Ministros; esto representaría una contradicción evidente respecto de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 181 de la Constitución...”. Hay que señalar que el invocado esquema constitucional se corresponde con el artículo 226 de la vigente, en lo tocante al carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional del Presidente de la República.

LARES MARTÍNEZ (1979) sostiene una tesis parcialmente contraria, por las siguientes razones: en virtud de que considera inaplicable la doctrina norteamericana en Venezuela, porque en ese país –como se asentó anteriormente– el Poder Ejecutivo es ejercido únicamente por el Presidente de la Nación; en cambio, en Venezuela el Consejo de Ministros tiene entre otras funciones, la de morigerar la autoridad personal del Presidente de la República, y de esa manera evitar en asuntos de trascendencia decisiones precipitadas, lo que se logra mediante el voto que la Constitución confiere a cada uno de los Ministros. Agrega que frente a una decisión mayoritaria del Consejo de Ministros, el Presidente no puede pasar válidamente sobre la misma, y en ese caso lo que le quedaría sería hacer una reestructuración ministerial para lograr la aprobación deseada, pero en todo caso esto lo obligaría a reflexionar seriamente sobre el asunto, debido a las graves repercusiones políticas que generaría una decisión de esa naturaleza.

Precisa que su tesis no resulta desvirtuada por el artículo 193 de la Constitución –242 de la vigente– que obliga a la confirmación de las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros, cuando éste no sea presidido por el Presidente de la República, sino que dicho dispositivo más bien la refuerza, porque demuestra el carácter de órgano que tiene el Consejo de Ministros, dado que puede funcionar sin la presencia del Presidente de la República, únicamente que las decisiones están sometidas a una condición suspensiva: la aprobación posterior del Presidente de la República, ya que se trata de atribuciones que la Constitución le confiere a él.

Sin embargo, LARES (1979) admite que nada puede ser resuelto en el Consejo de Ministros sin la voluntad del Presidente, en virtud de que las decisiones de ese órgano son adoptadas por el Presidente de la República con el voto afirmativo de la mayoría de los Ministros.

11.2.4.3.4. **La atipicidad orgánica del Consejo de Ministros.** Coincidimos con la opinión sustentada por el Profesor Láres, cuando expresa que el Consejo de Ministros es un órgano, pues así lo demuestra la normativa contenida en la Constitución, la cual no es más que una repetición sistematizada de la contenida en Constituciones anteriores, así como el desarrollo pormenorizado que encuentra la misma en los artículos que van del 50 al 59 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que próximamente entrará en vigencia. Pero consideramos necesario puntualizar que se trata de un órgano totalmente atípico en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, y no podía ser de otra manera debido al sistema presidencialista acentuado, por decir lo menos, delineado en el texto constitucional.

Esa atipicidad deriva de los siguientes hechos: a) A diferencia de lo que ocurre en el resto de los órganos colegiados, el Presidente de la República no es un miembro más del Consejo de Ministros, sino el miembro esencial, pues sin su presencia dicho órgano no puede funcionar, lo que desnaturaliza el concepto de "quórum" (de instalación y funcionamiento) que resulta fundamental para el funcionamiento de este tipo de órganos. Sólo cuando el propio Presidente de la República lo autoriza puede ser presidido por el Vicepresidente Ejecutivo, pero en ese caso, por disposición del artículo 242 constitucional, se requiere que las decisiones adoptadas sean ratificadas por el Presidente para que adquieran validez; de allí el papel esencial del Jefe del Ejecutivo Nacional en el funcionamiento del Consejo de Ministros; b) No existen votos ponderados entre los miembros del Consejo de Ministros, lo que quiere decir que el voto de un Ministro o del Vicepresidente Ejecutivo es igual al del Presidente de la República, lo que también constituye una regla básica de funcionamiento de los órganos colegiados. Pero conforme al citado ar-

tículo 242 de la Constitución la situación cambia sustantivamente cuando el órgano es presidido por el Vicepresidente Ejecutivo, ya que en ese supuesto el voto del Presidente de la República adquiere una ponderación máxima, en virtud de que no sólo pasa a valer más que el de cualquier otro miembro del órgano, sino también del de todos ellos juntos, pues para que las decisiones aprobadas adquieran validez se requiere la ratificación posterior del Presidente, o lo que es lo mismo, por interpretación a contrario, que dichas decisiones aun cuando hayan sido adoptadas por unanimidad, pueden ser rechazadas al negarse a ratificarlas el Presidente de la República.

Ahora bien, la atipicidad del Consejo de Ministros obedece al sistema de gobierno presidencialista delineado en la Constitución, en el cual el Presidente de la República es a la vez Jefe del Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 226), y sobre todo porque por esa misma razón las competencias constitucionales enumeradas en el artículo 236 ejusdem, le son atribuidas en forma exclusiva y excluyente, imponiéndole el deber de **ejercer algunas de ellas en Consejo de Ministros.** Por tanto, si bien el cumplimiento de dicho deber pasa a ser una condición objetiva de validez de las decisiones derivadas del ejercicio de esas competencias (numerales 12, 13, 14 18, 20, 21 y 22 del artículo 236), el constituyente guardó prudencialmente la debida congruencia, cuando configuró al Consejo de Ministros como el órgano colegiado anteriormente descrito, pues de haberlo erigido, sujetándose a las reglas generales que regulan este tipo de órganos, es decir, como un órgano colegiado típico, habría incurrido en una gravísima contradicción, ya que entonces el carácter de Jefe del Ejecutivo Nacional del Presidente de la República habría sido desnaturalizado, en virtud de que dicha Jefatura pasaría a ser ejercida por el Consejo de Ministros.

De allí la razón que nos permite afirmar que el constituyente estaba obligado a evitar que se presentase una contradicción de esa gravedad, con los imponderables problemas que podría llegar a suscitar, y de allí también porque estimamos que la atipicidad orgánica del Conse-

jo de Ministros se encuentra plenamente justificada conceptual y constitucionalmente. Más aún: las normas que delinean al órgano bajo examen están en perfecta sintonía con el dispositivo constitucional que inviste al Presidente de la República como Jefe del Estado y Jefe del Ejecutivo Nacional.

Sin embargo, dicha atipicidad no puede conducir, en nuestro criterio, a sostener, como se hace en el citado dictamen de la Procuraduría General de la República, que en el Consejo de Ministros es el Presidente quien decide; que no se trata de un órgano; y que los votos de los Ministros son dictámenes sin virtud decisoria, pues a la luz del precepto constitucional únicamente en caso de ausencia a la sesión, el Presidente DECIDE, cuando opta por no ratificar una, varias o todas las decisiones que hubiere aprobado el Consejo, pues, inclusive, se podría llegar a sostener, en estricta puridad lógica, que no DECIDE realmente cuando las confirma, sino que emite un voto "a posteriori", lo que sin dudas vendría a ser un privilegio más derivado de su carácter de miembro esencial de dicho órgano.

Pero la afirmación contenida en el aludido dictamen carece de todo fundamento cuando el órgano funciona regularmente, esto es, con la presencia del Presidente de la República, debido a que en ese caso los votos de cada uno de los integrantes del Gabinete tienen el mismo valor, lo que hipotéticamente –cuestión bien difícil en un sistema presidencial con las características del nuestro– podría conducir a que una proposición formulada por el Presidente, en alguna de las materias que deben ser conocidas por el Consejo, fuese votada negativamente, y en consecuencia rechazada.

En el supuesto anterior no le quedaría al Presidente de la República más que respetar la voluntad del órgano; en consecuencia, no podría por ejemplo, si ese hubiere sido el caso, decretar un estado de excepción, razón por la cual queda demostrado que quien decide es el órgano y no el Presidente, sin que se pueda excluir en un caso como el ejemplificado, la

solución propuesta por Láres: que ante una votación adversa como la señalada en vía ejemplificativa proceda a reestructurar el órgano con la finalidad de lograr la mayoría requerida para obtener la aprobación del Decreto; sin embargo, tal actuación no haría más que poner en evidencia el ejercicio de una de las pocas facultades que la Constitución le confiere al Presidente para ser ejercida sin necesidad de ser refrendada por uno o varios Ministros (nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros), pero en ningún caso demostraría que el Presidente es quien decide en el Consejo de Ministros.

Por todas las razones expuestas anteriormente, estimamos que carece de fundamentación jurídica negar el carácter de órgano al Consejo de Ministros, pues además el mismo aparecía claramente trazado en la regulación contenida en la LOAC y ahora en los lineamientos de la LOAP (convocatoria, presidencia, orden del día, quórum de funcionamiento, etc.). Pero por si pudieran surgir dudas al respecto, el artículo 242, parte "in fine" de la Constitución, se encarga de disiparlas al instituir el mecanismo del "voto adverso o negativo" propio únicamente de los órganos colegiados.

Mas aún: si se llegase a negar el carácter de órgano del Consejo de Ministros, el Presidente de la República estaría impedido de ejercer las señaladas competencias constitucionales y legales. Para demostrar esta afirmación basta el siguiente ejemplo: supongamos que en un intento insurreccional, como los que ocurrieron en 1992, debido a la situación de violencia, no resultase posible el primer día de insurrección reunir al Consejo de Ministros, entonces ese día pese a la configuración objetiva de los supuestos de hecho de procedencia del estado de excepción denominado de "conmoción interior", no se podría adoptar válidamente la medida, o dicho de otra manera, dictar el correspondiente Decreto. Si se quiere hacer más emblemático el ejemplo, imaginemos que se lograse la reunión del órgano, pero al momento de ir a adoptar la decisión, por cualquier razón se rompiese el "quórum"; entonces tampoco, en virtud del carácter colegiado, podría decretarse el aludido estado de excepción.

Esas situaciones, constitutivas de ejemplos un tanto extremos, demuestran en forma indudable el carácter de órgano colegiado, aunque atípico, del Consejo de Ministros.

Igualmente resulta un tanto forzado sostener, como se hace en el citado dictamen de la Procuraduría General de la República, que los votos a que alude el artículo 242 constitucional –que se corresponde con el artículo 193 de la Constitución derogada – sean dictámenes, pareceres, sin virtud decisoria, puesto que si así fuera no estarían relacionados con la responsabilidad solidaria que le atribuye la Constitución a los Ministros por el sólo hecho de asistir a la sesión en la que se aprobó el acto que origina dicha responsabilidad. Precisamente, se instituye el voto adverso o negativo con la expresa finalidad de exonerar de responsabilidad a los integrantes del Consejo que se pronuncien en ese sentido, lo que quiere decir que los votos favorables al acto sí tendrían "virtud decisoria", porque de lo contrario habría que admitir que el Consejo de Ministros es un órgano consultivo del Presidente de la República, tesis ésta casi imposible de sostener a la luz de nuestro ordenamiento constitucional tanto presente, como pasado, ya que se trata de un órgano fundamentalmente de administración activa, y en ningún caso enteramente consultivo.

En fin, en nuestro criterio, el Consejo de Ministros es un órgano colegiado atípico, pero regido por las reglas que regulan el funcionamiento de este tipo de órganos, razón por la cual sus decisiones deben ser aprobadas, en el contexto de esa atipicidad, por la mayoría de sus miembros, de tal manera que no basta únicamente el voto favorable del Presidente de la República para la adopción de esas decisiones, salvo en el caso de que la sesión sea presidida por el Vicepresidente Ejecutivo, en el cual su voto se torna decisivo a los fines de la no ratificación de las mismas, y "relativamente" decisivo, como explicamos precedentemente, en el de la ratificación, pues ésta operará porque previamente el Consejo de Ministros, con el voto favorable de sus miembros ha adoptado la decisión; motivo por el cual ese voto es básico para validez de la decisión; en cambio, cuando se trata de la no ratificación el voto del Presidente

DECIDE, porque deja sin efecto el voto del Consejo de Ministros en torno a los acuerdos no confirmados.

Ha de advertirse que es posible inferir del contexto constitucional que el Consejo Ministros tiene una posición de " supremacía no jerárquica" sobre todos y cada uno de los Ministros, dado que la jerarquía en el ámbito de cada Ministerio culmina en el Ministro, pues este es el máximo jerarca del Ministerio del cual es titular; de allí que no sea procedente intentar, por ejemplo, un recurso jerárquico contra el acto de un Ministro, por ante el Consejo de Ministros. En realidad esa "supremacía no jerárquica" significa que los Ministros quedan vinculados por las decisiones del Consejo, aun en el supuesto hipotético de que hayan votado en contra de alguna de ellas, y ello se debe, señala la doctrina, al denominado "principio de colegialidad". En todo caso, esa supremacía comporta que la voluntad del órgano prima sobre la voluntad del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros.

11.2.4.3. 5. **Funcionamiento del Consejo de Ministros.** Conforme al artículo 193 de la Constitución de 1961 correspondía a la Ley Orgánica delinear la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, y en tal sentido la Ley Orgánica de la Administración Central dio cumplimiento a ese cometido constitucional, no obstante debido a la nueva regulación de la potestad organizatoria en la Carta Constitucional de 1999, esa competencia fue atribuida al Presidente de la República en Consejo de Ministros en el artículo 236, num. 20. Por esa razón la LOAP en su artículo 52 establece que el Presidente de la República mediante decreto fijará la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, especificando que dicho decreto "establecerá las unidades de apoyo técnico y logístico necesarias para el eficaz cumplimiento de sus fines". Por supuesto, que aunque el dispositivo no lo diga, tal facultad, de conformidad con el precepto constitucional antes citado, debe ser ejercida por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

No obstante ese amplio margen de potestad organizatoria atribuida al Jefe del Ejecutivo Nacional, la LOAP señaló los siguientes lineamientos y principios organizativos a los cuales debe ajustarse esa facultad presidencial: a) Quórum de funcionamiento: El Consejo de Ministros se instalará y sesionará válidamente cuando estén presentes por lo menos las dos terceras partes de sus miembros, pero cuando el Presidente de la República estime urgente la consideración de uno o varios asuntos, podrá actuar con la mayoría absoluta de sus miembros (art. 53); b) Periodicidad de las reuniones y convocatorias. Compete al Presidente de la República fijar la periodicidad de las sesiones, pudiendo convocarlo extraordinariamente cuando lo juzgue conveniente (art. 54).

De esta norma se desprende que también corresponde al Presidente de la República hacer las convocatorias tanto para las sesiones ordinarias como extraordinarias, dejándole en el caso de estas últimas la más amplia discrecionalidad, pues basta únicamente para que proceda la convocatoria de una reunión extraordinaria que el Presidente lo considere conveniente. En realidad la práctica demuestra que el Presidente hasta ahora ha fijado las reuniones ordinarias para un día de la semana, razón por la cual quedan convocados para ese día todos sus miembros desde la primera sesión del correspondiente período constitucional; c) Levantamiento de actas: De toda reunión del Consejo de Ministros el Secretario levantará un acta que será asentada en un libro especial una vez que haya sido aprobada, y la certificará con su firma. El art. 55 establece que el acta debe tener un carácter funcional, en virtud de que su contenido se limitará únicamente a las circunstancias relativas al tiempo y lugar de celebración, la relación de los asistentes, las decisiones adoptadas sobre cada uno de los asuntos tratados en la sesión y los informes presentados.

d) Carácter secreto de las deliberaciones: Las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas, mas no así las decisiones que adopte, las cuales como regla general ni tendrán carácter reservado ni confidencial. Sin embargo establece la LOAP que invocando razones de interés nacional o estratégico, el Presidente de la República podrá declarar reservada algunas de las decisiones, pero por el tiempo estrictamente ne-

cesario, vencido el cual Presidente está obligado a **levantar dicha reserva** (art. 56). Esta norma supera la contenida en la LOAC, en virtud de que atribuye de manera expresa el carácter público a las decisiones del Consejo de Ministros, pues aquella se limitaba a consagrar solamente el carácter secreto de sus deliberaciones, sin referirse para nada a las decisiones, inclusive prohibía de manera general que los Ministros emitiesen declaraciones sobre asuntos (decisiones) que fueren considerados por el Presidente de la República como secretos (art 27 LOAC). Por otra parte, la facultad presidencial en la nueva ley, debe ejercerse en forma motivada, para lo cual deben invocarse razones de interés nacional o estratégico, además por un tiempo relativamente breve, determinado por la necesidad de mantener la reserva.

Es preciso hacer notar que el establecimiento de los anteriores lineamientos organizativos recogidos en la LOAP lucen positivos, pero la consagración de algunos de ellos, como el relativo a la periodicidad de las sesiones, la convocatoria en el caso de sesiones extraordinarios y el levantamiento del acta, puede resultar incompatible con la potestad que le atribuye claramente el artículo 236, numeral 20, de la Constitución, al Presidente de la República para normar **la organización y funcionamiento** del Consejo de Ministros.

11.2.4.4. **Los Ministros.**

11.2. 4.4.1. **Acepción y evolución del término.** Sostiene CIAURRO (1976) que por un accidente semántico el término "ministro", en cuyo significado originario está contenida la idea de una función subordinada, actualmente es usado –aunque no exclusivamente– para designar un órgano superior, o mejor, uno de los órganos que constituyen el vértice de los modernos ordenamientos constitucionales. Efectivamente, la palabra latina "minister" indica una persona inferior a otra, por cuanto desarrolla una función por cuenta de aquélla, como colaborador, servidor, administrador etc.; de allí la idea originaria envuelta en el término bajo examen, como lo señala el citado autor.

Ese mismo autor expresa que en un primer momento dicho vocablo es usado para referirse a los directos colaboradores del Soberano, escogidos por él para asesorarlo, razón por la cual formaban parte del Consejo del Rey, que posteriormente se denominó Consejo de Estado, por eso pasaron a llamarse "Ministros Secretarios de Estado" o simplemente "Secretarios de Estado". Pero el término adquiere su connotación moderna sólo cuando –asienta CIAURRO– "de colaborador del Monarca pasa a ser un órgano constitucional autónomo, investido de la confianza del Parlamento y responsable ante el Parlamento mismo y ante otros órganos constitucionales, no sólo por actos propios, sino por los del Jefe del Estado".

En Venezuela en la Constitución del 1830 se denominan Secretarios del Despacho (art. 134 y siguientes), denominación que se mantiene en las Constituciones de 1857 (art. 65), y de 1858 (art. 100), pasando a utilizarse el término "Ministros del Despacho" en la Constitución Federalista de 1864 (art. 74), manteniéndose así hasta la Constitución de 1961, en la cual el Capítulo correspondiente los denomina "Ministros", denominación esta que no modifica la Constitución de 1999.

Ahora bien, los Ministros son los Jefes o titulares de los Departamentos Ministeriales, o dicho de otra manera, los Jefes de las grandes ramas en que se divide la Administración del Estado con la finalidad de tutelar mejor los intereses públicos, siendo definidos en la Constitución "como órganos directos del Presidente o Presidenta de la República" (art. 242). En principio es posible afirmar que existe una relación entre Ministerios y Ministros, pues los primeros no pueden existir sin los segundos; pero en cambio, los segundos perfectamente pueden existir sin los primeros. Es el caso de los denominados Ministros sin cartera, o Ministros de Estado. La doctrina suele señalar que en los sistemas parlamentarios los Ministros constituyen el punto de unión entre el Gobierno y la Administración, razón por la cual desempeñan funciones políticas y administrativas. En Venezuela dicha tesis es posible aplicarla en lo atinente al ejercicio de esos dos tipos de funciones, pese a que a diferencia

de otras Constituciones, la nuestra no define expresamente los órganos de gobierno, ni tampoco la función gubernativa, pero es obvio que la misma compete a los órganos superiores del Poder Ejecutivo Nacional, esto es, al Presidente de la República, al vicepresidente Ejecutivo y al Consejo de Ministros, razón por la cual en calidad de integrantes de ese Consejo realizan funciones de gobierno. En cambio la LOAP los erige claramente, como hemos visto, en órganos superiores de la Administración Central.

11.2.4.4.2. **Funciones de los Ministros.** La mayoría de las atribuciones de los Ministros, como se indicó precedentemente, son de naturaleza administrativa, y constituyen una derivación del rol que desempeñan como titulares de los respectivos Ministerios. Pese a que la Constitución no hace ninguna referencia a este tipo de funciones de los Ministros, pues el artículo 236, numeral 20, incluye dentro de la potestad organizatoria conferida al Presidente de la República, la fijación del número, organización y competencia de los Ministerios, lo que obviamente permite inferir que bien directamente, o mediante el ejercicio de las facultades inherentes al poder jerárquico de que están investidos (decisión de recursos administrativos) podrán conocer todos los asuntos concernientes a sus respectivas carteras ministeriales. Sin embargo, cabe advertir que la LOAP establece en su artículo 76, en veintiséis numerales un conjunto de atribuciones que son comunes a todos los Ministros. Por consiguiente, cada Ministro tendrá las competencias específicas del sector que le corresponde atender, y las que son comunes con todos los demás.

Pese a esas dos clases de competencias administrativas, debe quedar claro que la LOAP no agota totalmente las que pueden corresponderle a uno o varios Ministros, ya que por disposición de instrumentos de rango legal o sublegal, se le pueden atribuir otras adicionales, sobre la base de la cláusula residual contenida en numeral 26 del citado artículo 26 del mencionado texto legislativo, con el cual culmina la enumeración de las competencias comunes a todos los Ministros, en los siguientes términos: “las demás que le señalen las leyes y los reglamentos”.

Además los Ministros tienen la representación política del Estado en el sector de su competencia, razón por la cual el artículo 245 de la Constitución les concede el derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus Comisiones, e igualmente pueden participar en los debates de ese órgano parlamentario, desde luego, sin derecho a voto, pero al mismo tiempo, en su carácter de funcionarios públicos el texto constitucional les impone el deber de comparecer ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones cuando sean llamados a informar o a contestar las interpelaciones y preguntas que les formulen, so pena de hacerse pasible de sanciones, (art. 222 y 223 ejusdem).

De los razonamientos antes expuestos se desprende que los Ministros, como dice un autor, siguen teniendo el mayor número de competencias que detente funcionario alguno en la Administración Pública, atribuyendo ese fenómeno a la tendencia a la concentración de poderes en el Jefe del Departamento Ministerial, que en el fondo no es más que un rezago del viejo modelo del Estado Absoluto. En efecto, basta solamente leer el citado artículo 76 de la LOAP para percatarse de que en su carácter de órgano superior de la Administración Pública ejerce funciones directivas (num. 1, 7, 11), ejecutivas (num. 2, 4, 14) contraloras (num. 12, 13), representativas (num. 3, 9,15) certificativas (num. 21), propositivas (num. 24), sustancialmente jurisdiccionales (num. 19, 22) y de coordinación (num. 2).

11.2. 4.4.3. **La responsabilidad de los Ministros.** En Venezuela de conformidad con el artículo 139 constitucional rige el principio concerniente a la responsabilidad individual derivada del **ejercicio del Poder Público**, el cual sin dudas resulta aplicable a los Ministros. Sin embargo, hay que destacar que la Constitución delinea un régimen particular de responsabilidad de estos altos funcionarios. Dicho régimen conduce a que se pueda postular una especie de responsabilidad colegial, que en el fondo es individual, originada en su actuación en el Consejo de Ministros, salvo que en la adopción de la decisión que genere responsabilidad, aprobada por dicho órgano, hayan hecho constar su voto adverso o ne-

gativo. Por ese motivo pese a que se configuraría la responsabilidad en la actuación de un órgano colegiado, para lo cual se requiere que la aludida decisión sea aprobada con el voto mayoritario de sus integrantes, lo que denota la idea de "responsabilidad colegial," o mejor colectiva, en realidad teniendo todos los Ministros el derecho a votar en contra o negativamente, la responsabilidad siempre será individual, aunque la suma de las individualidades aprobatorias den como resultado una mayoría absoluta, e inclusive cuando esa suma sea igual a la totalidad de los elementos (unanimidad).

La responsabilidad individual es aquella derivada de los actos de realizados por los Ministros concernientes a las materias que entran en la esfera de competencia de sus despachos. En la Constitución de 1999 el régimen de responsabilidad de los Ministros, a diferencia de la Constitución de 1961, aparece regulado en dos normas: El artículo 242, parte "in fine" disciplina a la especie de responsabilidad antes descrita, calificada por dicho dispositivo como solidaria, cuando expresa: "...De las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, **los Ministros o Ministras que hubieren concurrido**, salvo aquellos o aquellas que hayan hecho constar su voto adverso o negativo".

El otro artículo es el 244, primer aparte, que estatuye "...Los Ministros o Ministras son responsables de sus actos de conformidad con esta Constitución...". Ahora bien, la responsabilidad individual de los Ministros puede ser política, la cual se traduce en el voto de censura contemplado en el artículo 246 de la Constitución, que confiere a la Asamblea Nacional la potestad de aprobar la moción de censura a los Ministros, con las tres quintas partes de los diputados presentes, la cual acarrea "ipso iure" su remoción del cargo, y consecuencialmente la inhabilitación para ejercer el cargo de Ministro y Vicepresidente Ejecutivo por el resto del período constitucional, aunque es justo reconocer que la sanción política automática de remoción, no aparece con la misma claridad en el artículo 187, num. 10 constitucional, que atribuye a la Asamblea Nacio-

nal la competencia para dar voto de censura a los Ministros, especificando que el órgano parlamentario "podrá decidir por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del... Ministro o Ministra".

En nuestro criterio debería privar la primera disposición debido a su carácter especial con relación a la segunda, dado que regula la responsabilidad política de los Ministros, e inclusive porque hace precisiones sobre la actuación de la Asamblea Nacional, al estatuir que se trata de los "integrantes presentes" de ésta, y la otra se refiere sólo a los "diputados y diputadas". Asimismo la primera disposición citada califica correctamente al acto que produce la ruptura de la relación de servicio, al denominarlo "remoción", en cambio la otra disposición lo denomina "destitución", que es una sanción típicamente disciplinaria. Además la remoción "ipso iure" como consecuencia de una moción de censura a un alto funcionario, es la que se inscribe en el marco del Derecho Constitucional Comparado.

La responsabilidad también puede ser de carácter penal, y corresponderá establecerla al Tribunal Supremo de Justicia, previa declaratoria, en Sala Plena, de que hay mérito para su enjuiciamiento. En caso afirmativo remitirá los autos al Fiscal General de la República, si fuere el caso y si el delito fuere común continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva (art. 266, num. 3 const.). Los Ministros incurren en responsabilidad civil cuando en ejercicio de sus funciones causen daños y perjuicios a los particulares o al propio Estado, caso en el cual deberá determinarse en la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, respectivamente.

11.2.4.4.4. **La responsabilidad derivada de la presentación de las Memorias y Cuentas.** El artículo 244 de la Constitución impone a los Ministros, el deber de presentar, dentro de los primeros sesenta días de cada año a la Asamblea Nacional una MEMORIA razonada y suficiente sobre la gestión del Despacho en el año civil inmediatamente ante-

rior, de conformidad con la ley. A diferencia de la Constitución anterior, suprimió la obligación de presentar en esa misma oportunidad LA CUENTA de los fondos que hubiese manejado. Es necesario advertir que esta supresión, consciente o inconsciente, del constituyente de la tradicional disposición sobre la cuenta, fue superada por la Ley Orgánica de la Administración Pública, después que la Asamblea Nacional desestimó el argumento de la Procuraduría General de la República que abogaba por su eliminación en el mencionado texto legislativo, sobre la base de que esa era una competencia que se había concentrado en Ministerio de Finanzas, órgano éste que de conformidad con el artículo 130 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, está obligado a presentar cada año, antes del 30 de junio, **la Cuenta General de Hacienda**.

Lo cierto es que un primer momento la tesis de la Procuraduría General de la República había sido acogida, pero en la segunda discusión del Proyecto de Ley privó la postura de que el examen de la cuenta de todo órgano público era un principio constitucional, y que aunque no estuviera expresamente consagrado como una obligación de los Ministros, como ocurría en casi todas las Constituciones anteriores, incluyendo a la de 1961, su consagración en un texto legal no configuraba una inconstitucionalidad. Fue así como en los artículos 79 y 80 de la LOAP se pasó a disciplinar la referida obligación de los Ministros, en los siguientes términos:

> *Art. 79 "Acompañada de la memoria, cada ministerio presentará una cuenta que contendrá una exposición de motivos, los estados contables mensuales y el resultado de las contabilidades ordenadas por la ley. La cuenta se dividirá en dos secciones: cuenta de rentas y cuenta de gastos".*

> *Art. 80. "La cuenta deberá estar vinculada a la memoria, el plan estratégico respectivo y a sus resultados, de manera que constituya una exposición integrada de la gestión del ministro o ministra y permita su evaluación conjunta".*

Nos resta únicamente por señalar que la inclusión de los dispositivos sobre la obligación de los Ministros de presentar la cuenta, carece de realismo, porque es bien sabido que los Parlamentos no revisan ni siquiera las Memorias, mucho menos cuentas concebidas con esa estructura técnica que impone la LOAP. Más aún con el sistema nacional de control delineado en la vigente ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y que al parecer va a ser perfeccionado en el nuevo texto que regulará al mencionado órgano, la presentación de esas cuentas por parte de los Ministros resulta innecesaria, porque en todo caso uno de los métodos clásicos de control externo es precisamente el **examen de la cuenta** que debe practicar el órgano contralor; de allí que antes la dudosa posibilidad de que la Asamblea Nacional examine, en los términos minuciosamente técnicos, cada una de las cuentas de los Ministros, hubiera sido preferible suprimir ese artículo, pues siempre podrá el Parlamento Nacional estudiar esas cuentas ya examinadas en el Informe que anualmente está obligado a presentar el Contralor General de la República, o bien solicitar informes específicos a dicho órgano.

En todo caso, en nuestro criterio el argumento de la Procuraduría General de la República acerca de la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LOAP, basado en que no es una exigencia contenida en la Constitución, precisamente porque debía ser presentada una sola cuenta por el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Finanzas, carece de fundamentos, en primer lugar, porque la ausencia de la disposición constitucional, no puede impedir que la Asamblea Nacional ejerza su competencia de legislar sobre materias de la competencia nacional (art. 187, num. 1), máxime si esa legislación está vinculada al control de la Administración Pública Nacional (art. 187, num. 3), y en segundo lugar, porque la **Cuenta General de Hacienda** prevista en el artículo 130 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, es sustancial y formalmente distinta al concepto de cuenta que se exige a los Ministros, para percatarse de esa diferencia basta solamente leer el mencionado dispositivo, que en realidad no llega concentrar las cuentas de los Ministerios. De allí, pues que seamos partidarios de la constituciona-

lidad de los artículos 79 y 80 de la LOAP, pero al mismo tiempo destacamos su carencia de eficacia real.

En lo tocante a las Memorias, la nueva LOAP establece que éstas deberán contener la exposición razonada y suficiente de las políticas, planes generales, objetivos, metas resultados impactos y obstáculos en la gestión de cada ministerio en el año inmediatamente anterior, así como los lineamientos de sus planes para el año anterior. En ellas deben insertarse los documentos que los Ministros consideren indispensables teniendo en cuenta su naturaleza y trascendencia (art. 77). Asimismo el artículo 78 de la citada Ley establece que la aprobación impartida a las Memorias no se extiende a las de las convenciones y actos contenidos en ellas que requieren especial aprobación legislativa (Tratados y contratos de interés nacional: artículos 187, num. 18 y 9 de la Constitución).

La LOAP a diferencia de la LOAC, se abstiene de disciplinar la situación derivada de la presentación de las Memorias correspondientes al último año del período constitucional, razón por la cual deberá aplicarse el artículo 244 constitucional, manteniéndose el plazo de los primeros sesenta días de cada año. También omite pronunciarse sobre la situación que se configura cuando después de presentada la Memoria ocurren hechos que por su importancia merecen ser llevados a conocimiento de la Asamblea Nacional, que el artículo 21 de la LOAC autorizaba a presentarlos en forma separada, y a incorporarlos en la próxima Memoria.

Ahora bien, en relación a los actos aprobatorios de las Memorias y Cuentas de los Ministros, cabe señalar que los mismos, a diferencia de lo establecido en la legislación anterior no tienen el valor de la cosa juzgada. Al respecto señala LARES MARTÍNEZ (1979) que durante la vigencia de dicha legislación "no podía en ningún caso exigirse responsabilidad penal ni darse voto de censura a un ministro por actos de los cuales hubiere dado cuenta en su respectiva Memoria aprobada, salvo el caso de fraude; y la aprobación impartida a la Cuenta tenía carácter definitivo e irrevocable, salvo el caso de error material o de fraude".

Hay que destacar que la Constitución de 1961 contenía una previsión expresa en el sentido de negarle a dichos actos el carácter de cosa juzgada (art. 198), y en tal sentido establecía que ningún pronunciamiento de los cuerpos legislativos sobre dichas Memorias y Cuentas liberaba de responsabilidad al Ministro por los actos del respectivo Despacho, y que mientras no se hubiese consumado la prescripción podía el Congreso investigar y examinar esos actos, aun cuando los mismos correspondieran a ejercicios anteriores. La Constitución de 1999 silencia esa situación, pero lógicamente ese silencio no permite sostener de ninguna manera que el acto aprobatorio de las Memorias sea equivalente a un acto con valor de cosa juzgada, en primer lugar, porque no tiene naturaleza ni administrativa ni judicial, sino política; y en segundo lugar, porque la responsabilidad civil o penal subsiste de conformidad con los términos previstos en las leyes, y obviamente no podría pretenderse en sana lógica, que los mencionados actos aprobatorios tengan incidencia alguna sobre la eventual responsabilidad de los Ministros, derivada de sus actuaciones contenidas en las Memorias.

En todo caso hay que tener presente las disposiciones constitucionales y legales en materia de prescripción, tanto en lo que respecta al inicio del término, como de su consumación, sobre todo en materia de delitos contra el patrimonio público, cuya acción para perseguirlos, de conformidad con el artículo 271 de la Constitución de 1999, es imprescriptible, quedando de esa manera derogado parcialmente, el artículo 102 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, que establecía un lapso de prescripción para estos delitos, de cinco años.

11.2.4.4.5. **Los Ministros de Estado.** Hemos dicho anteriormente que los Ministros son los titulares de los Departamentos Ministeriales en que se divide la Administración del Estado, e igualmente hemos sostenido que no pueden existir Ministerios sin Ministros; sin embargo, un Ordenamiento General puede instituir la figura de los Ministros sin Ministerios. Precisamente ese es el caso regulado en el artículo 243 de la Constitución, en el cual se confiere la potestad al Presidente de la Repú-

blica de nombrar MINISTROS DE ESTADO sin asignarles despacho determinado, quienes además de participar en el Consejo de Ministros y asesorarán al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les sean asignados. Esta figura constitucional es de reciente data, ya que aparece consagrada por primera vez en la Constitución de 1961, y la intención del constituyente quedó reflejada en la Exposición de Motivos de dicha Carta, en la cual se expresa "...Tales funcionarios desempeñarían por lo tanto en **el gobierno y la administración** nacionales, un rol parecido al que juegan en Francia y en los Estados Unidos, respectivamente, los Ministros de Estado y los Asistentes del Presidente de la República".

Ahora bien, cabe señalar que los Ministros de Estado o "Ministros sin Cartera", como también se les denomina en el Derecho Comparado, parecieran adaptarse más a los sistemas parlamentarios, pues su designación está estrechamente relacionada –sostiene CIAURRO (1976)– con la exigencia política de asegurar al Gobierno la colaboración de personalidades eminentes, y garantizar también un mejor repartimiento de responsabilidades entre los partidos, así como entre las corrientes del partido. Todo lo cual apunta, pensamos nosotros, a mantener la mayoría parlamentaria y a darle vida al Gobierno.

Pareciera que la Constitución de 1999 se inscribe en la misma orientación de la de 1961, pero precisando que las funciones esenciales de estos Ministros serían de carácter político o de gobierno, y estarían reducidas a participar en el Consejo de Ministros, oportunidad en que como integrantes del órgano colegiado pueden desempeñar funciones administrativas, y **asesorar** al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que se le asignen. Fuera de esas dos competencias este tipo de Ministros estaría inhabilitado, de conformidad con el artículo 243 constitucional, para ejercer otras. Esta tesis cobra fuerza si se tiene en cuenta que los constituyentes se cuidaron de suprimir del artículo 194 del texto constitucional derogado, que permitió durante la vigencia de éste que los Ministros de Estado le fueran atribuidas funcio-

nes diferentes, o sea, que ejercieron funciones de administración activa, sin tener despacho ministerial. En efecto, la parte que no fue recogida en la Constitución de 1999, aludía a que " **Los Ministros de Estado podrán tener a su cargo las materias que les atribuyan por ley".**

Pues bien, esa voluntad de la Constitución parece que no fue percibida por los legisladores, porque si bien el proyecto original de LOAP, en su artículo 59 no hacía más repetir el artículo 243 de la Constitución, no obstante, en la segunda discusión, sin ningún tipo de motivación fáctica y mucho menos jurídica, un diputado propuso agregarle un aparte en los siguientes términos:

> *"Por vía de excepción y mediante Decreto motivado, el Presidente o Presidenta de la República podrá designar Ministro o Ministra de Estado adscribiéndole el órgano, ente o fondo necesario para el eficaz cumplimiento de los fines que se le asigna".*

Como resulta fácil imaginarse en estos tiempos de construcción de un ordenamiento jurídico "ligero" y a la carrera, la proposición fue aprobada, sin que un solo miembro de la Asamblea Nacional, preguntara por lo menos que razones privaban para añadirle ese aparte al artículo 59 de la Ley, y de hecho al 243 de la Constitución. Sin dudas que había interrogantes no sólo de fondo sino de forma que formularle al seguramente bien intencionado diputado proponente. Entre las primeras vale la pena mencionar el método utilizado en el campo de la teoría de la organización para adscribirle un "órgano a otro órgano", o "un ente a un órgano" o un "fondo a un órgano", cuando en el marco del ordenamiento jurídico venezolano la adscripción es una figura de control que se predica entre un órgano de la Administración Central y un ente público o estatal, verbigracia un instituto autónomo, una empresa o una Fundación del Estado. Planteado como está el dispositivo resulta académicamente incomprensible. Por otra parte, el precepto señala que esa "adscripción" está destinada a que el Ministro de Estado logre los "fines que se le asigna" (sic). Nos preguntamos ¿ cuáles fines?, pues las

dos competencias que se le atribuyen están claramente especificadas en la Constitución, y su ejercicio no amerita adscripción de órgano o ente alguno. En esta misma óptica es preciso hacer notar que pareciera que los legisladores consideraron que bastaba que el Decreto de nombramiento del Ministro estuviera motivado para preservar a todo evento la "ratio" de la disposición constitucional que pretendían desarrollar. De modo, pues, que desde el punto de vista formal el precepto contiene los errores indicados.

Pero el error más notorio del dispositivo bajo examen, radica en la innovación que pretende consagrar la LOAP, al romper con el marco conceptual recogido por la Constitución de 1999, que no es otro que atribuirle funciones políticas y de asesoría a los Ministros de Estado, excluyendo toda otra de cualquier naturaleza. En efecto, todo apunta a que la adición del precepto conduzca a atribuirle competencias y darle una infraestructura a este tipo de Ministros, desnaturalizando de esa manera la figura, y configurando una clara incompatibilidad entre el art 59 de la LOAP y el artículo 243 de la Constitución, que debe resolverse en una inaplicación por parte del Presidente de la República, o en una declaratoria de nulidad por parte del Tribunal Supremo de Justicia. Además constituye una clara contradicción con el artículo 116 de la misma Ley, que prohíbe categóricamente la adscripción de todo instituto autónomo, empresa o fundación del Estado, asociaciones y sociedades civiles del Estado a la Presidencia o a la Vicepresidencia de la República, o a **un Ministro o Ministra de Estado.**

La inclusión del referido aparte pareciera destinado a continuar la anómala práctica venezolana que se inicia en 1969 con el nombramiento de los primeros Ministros de Estado, repetida en los períodos constitucionales siguientes; sin embargo, éstos Ministros no realizaron funciones políticas importantes, ni tampoco realizaron funciones administrativas en los términos previstos en la Constitución de 1961. Sencillamente esos nombramientos parecían reflejar más un repartimiento burocrático, que un acto del Presidente de la República del cual pudieran derivarse beneficios

políticos para el régimen, y ganancias en el funcionamiento de la Administración Pública. En efecto, la referida práctica se tradujo –la gran mayoría de las veces– en designar al Ministro de Estado, Presidente de un Instituto Autónomo, lo que conducía a que éste ejerciera fundamentalmente las actividades de administración activa ordinarias, derivadas del ejercicio de la titularidad del respectivo Instituto Autónomo.

Ante esa práctica cualquiera tenía derecho a pensar, máxime si tomaba en cuenta tanto el artículo 194 de la Constitución derogada, como la parte de su Exposición de Motivos atinente a dicho artículo, que carecía de todo sentido designar a un Ministro para que dirigiera un ente de la Administración Descentralizada funcionalmente. Con mayor razón puede pensarse ahora –insistimos– que la consagración del esquema normativo bajo examen apunta hacia la misma dirección, pues así pareciera desprenderse del deber de adscribirle –en el caso regulado– "los órganos, entes o fondos" al Ministro de Estado.

Cabe finalmente hacer una reflexión con relación a la repetición del precepto consagratorio de los Ministros de Estado en la Constitución de 1999, aún en la concepción que se deriva de su artículo 243, y versa sobre la exigencia política que condiciona la designación de Ministros de Estado en los sistemas parlamentarios, la cual resulta inexistente en un régimen presidencialista como el nuestro, pues sin negar que la participación de personalidades del mundo de la política, de la cultura, del deporte, etc. puede darle estabilidad a un gobierno de esta naturaleza, no es menos cierto que la sobrevivencia política del mismo no está sujeta a la existencia o no de una mayoría parlamentaria. Más aún: como se indicó anteriormente, las funciones de gobierno de los Ministros, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas parlamentarios, es relativamente reducida; por tanto, la designación de Ministros de Estado para cumplir únicamente ese tipo de funciones no tendría mucha pertinencia en Venezuela.

11.2.4.4.6. **Los Viceministros.** Estos órganos aparecen por primera vez en la estructura organizativa de la Administración Central, en la Ley

Orgánica de la Administración Central de 1999, aunque el vocablo como tal era utilizado corrientemente para identificar al Director General del Ministerio, que si bien era el órgano que seguía en jerarquía al Ministro, sus funciones eran muy distintas a las del Viceministro. Su inclusión en el referido texto legislativo obedeció a la necesidad, según la Exposición de Motivos de la misma, de dotar a los diversos sectores de los Ministerios de una autoridad con un cierto poder de decisión y autonomía que se responsabilizara por la gestión eficiente de dicho sector, permitiendo de esa manera que "los Ministros se encarguen de la elaboración estratégica y de la coordinación política de todo el ámbito de actuación del Ministerio". Suponemos que esa es la finalidad que se persigue con la inclusión de dichos órganos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, puesto que prácticamente se repite en ella toda la normativa de la LOAC, con la diferencia de que la primera los erige, como ya vimos, en **órganos superiores** de la Administración Central, contrariando de esa manera el marco doctrinario predominante en el Derecho Comparado, que postula la equiparación subjetiva entre los órganos superiores de la Administración Pública y el Gobierno, que dicho sea de paso, es lo que se infiere de la regulación de la Constitución de 1999, ya examinada.

De todas maneras, habrá que admitir que se trata de una enunciación meramente formal de la ley, que es desmentida en su propio texto al realizar el trazado de esos órganos superiores en sintonía con la Constitución: Presidencia de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Consejo de Ministros y Ministros, todos ellos de rango constitucional, siendo los Viceministros de creación legal.

Pues bien, en ese contexto pasamos a examinar sucintamente esta clase de órganos, los cuales son de conformidad con los artículos 64 y 65 de la LOAP órganos de colaboración inmediata del Ministro, y en general están encargados de supervisar las actividades de sus dependencias, de **acuerdo con las instrucciones del Ministro**, ejercer las atribuciones que le confiere la LOAP y el correspondiente Reglamento Orgánico, así como el conocimiento y la decisión de los asuntos que les

delegue el Ministro. Las mencionadas atribuciones legales están enunciadas en trece numerales del artículo 83 del antes citado texto legislativo, las cuales revelan ciertamente que se trata de un órgano de administración sustantiva o de gestión, tal como se desprende de las contenidas en los numerales 2, 3, 4 y 5 que rezan respectivamente: "Comprometer y ordenar por delegación del ministro o ministra, los gastos correspondientes a las dependencias a su cargo". "Ejercer la administración, dirección, inspección y resguardo de los servicios, bienes y ramos de la renta de sus respectivos despachos". "Suscribir los actos y correspondencias de los despachos a sus cargos" y "Cumplir y hacer cumplir las órdenes e instrucciones que les comunique el ministro o ministra, a quien darán cuenta de su actuación". Además forman parte de los denominados "Gabinetes Ministeriales".

Una vez examinada la normativa anterior debemos reconocer que la suposición acerca de la identidad de finalidad entre la LOAC y la LOAP, derivada de la inclusión de los Viceministros, no es totalmente cierta. En efecto, si bien la labor esencial de estos órganos es la administración sustantiva o gestión, carecen del amplio poder de decisión y autonomía que se infería de la ley derogada, lo que se evidencia de la sola lectura de las antes citadas disposiciones de la LOAP, en todas las cuales se inserta una coletilla que prácticamente condiciona la actuación de los Viceministros, a las **instrucciones**, a **las órdenes** y a las **delegaciones del Ministro**. Evidentemente que de esa manera no es posible descargar al máximo jerarca de la labor operativa, que era lo que se perseguía, para que éste pudiera dedicar la mayor parte de su tiempo "a la elaboración estratégica y de la coordinación política de todo el ámbito de actuación del Ministerio" Por supuesto, que la naturaleza de esa normativa resulta más distorsionadora de la indicada finalidad, si se toma en cuenta que de conformidad con el artículo 65 de la ley bajo examen, los Viceministros serán de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República, oída la proposición del respectivo Ministro.

Por otra parte, la LOAP repite la prohibición de la LOAC derogada, de crear este tipo de órganos sino tienen asignado un específico sector en

el Ministerio, pero igualmente admite la posibilidad de que a un Viceministro le pueda ser asignado más de un sector (art. 66). Por supuesto que no tienen ni comparten la responsabilidad política de los Ministros.

11.2.4.4.7. **El Régimen Ministerial.**

11.2.4.4.7.1. **Origen de la organización ministerial.** Sostiene DIEZ(1964) que "el origen de la institución ministerial coincide con las primeras formas de ejercicio de la autoridad que existen en la historia de los pueblos. Reemplazada la horda por el clan aparece la autoridad del jefe que acumula en sus manos, además de su autoridad de tal, las funciones de sacerdote y de juez. Cuando los clanes se unen, el jefe del clan asume el papel de rey y tiene a su lado un Consejo de Ancianos que constituye la primera forma conocida en la historia de la Institución Ministerial". A partir de allí en todos los períodos en que se suele segmentar la historia siempre estuvo presente la organización ministerial, y es así como en el Régimen nacido de la Revolución Francesa se establece el principio atinente a que el número y la organización de los ministerios debe reservarse a la Ley, sobre cuya pertinencia, aún se discute a nivel doctrinario y Parlamentario.

En todo caso es preciso destacar que el número de Ministerios varía atendiendo a las funciones asumidas por el Estado, así como a la ideología predominante en el mismo. Ello permite explicar el porqué en los Estados Liberales de Derecho o "abstencionistas" el número de estos órganos se reduce a su mínima expresión; en cambio, en los Estados Sociales de Derecho o "intervencionistas", los Ministerios crecen aceleradamente. Igualmente los Ministerios variarán no sólo en número, sino también en lo atinente a las materias que se les atribuye en el caso de un régimen capitalista, o de un régimen socialista, de los pocos que aún restan en el mundo.

No obstante lo expuesto anteriormente, la doctrina tradicional sostiene que es posible clasificar a los Ministerios en grandes grupos aten-

diendo a los fines generales que deben atender: conservación del orden público y jurídico; de relaciones internacionales y defensa; de actividad productiva y bienestar social; de gestión industrial y vigilancia de los servicios públicos; de actividad intelectual y cultural; y de búsqueda de recursos financieros. Por tanto, cualquiera modificación que se produzca en la estructura ministerial de un país, bien porque se cree un nuevo Ministerio, o se elimine uno ya existente, cabrá dentro de la clasificación que se deriva de la enumeración de los fines generales del Estado, que sirve de base a la tesis doctrinaria antes expuesta.

En Venezuela LARES MARTÍNEZ sintetiza la evolución ministerial así: Hasta 1857 las Secretarías de Estado (Ministerios) se reducían a tres (Interior y Justicia, Guerra y Marina y Hacienda). En 1857 se crea la de Relaciones Exteriores; en 1874 es creado el Ministerio de Obras Públicas; y en 1881 el de Instrucción Pública; en 1930, el de Salubridad y Agricultura y Cría, el cual en 1936 se divide en los Ministerios de Sanidad y Asistencia Social, y Agricultura y Cría. En el mismo año 1936 se decreta la creación del Ministerio de Comunicaciones, al cual se agrega en 1937 el ramo del Trabajo. En 1945 éste se divide en dos Ministerios: Comunicaciones y Trabajo. En 1950 se crean los Ministerios de Justicia y de Minas e Hidrocarburos.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley Orgánica de la Administración Central (LOAC) en 1976, el Ministerio de Obras Públicas es dividido en tres Ministerios: Transporte y Comunicaciones, del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, y del Desarrollo Urbano. Asimismo se crean los Ministerios de la Juventud, de Información y Turismo, de la Secretaría de la Presidencia, y se le cambia el nombre al Ministerio de Minas e Hidrocarburos por el de Energía y Minas. En 1984 es suprimido el Ministerio de Información y Turismo, y en 1986 es creado el Ministerio de la Familia y suprimido el de la Juventud y finalmente en 1996 es creado el Ministerio de Industria y Comercio y suprimido el de Fomento. En la LOAC de 1999 se produce una verdadera reestructuración de la organización ministerial, reduciéndose el número a catorce,

a saber: Del Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de Finanzas, de la Defensa, de la Producción y el Comercio, de Educación, Cultura y Deportes, de Salud y Desarrollo Social, del Trabajo, de Infraestructura, de Energía y Minas, del Ambiente y de los Recursos naturales; de Planificación y Desarrollo; de Ciencia y Tecnología y de la Secretaría de la Presidencia.

11.2.4.4.7.2. **El Régimen ministerial.** Los Ministerios constituyen los órganos fundamentales de la Administración Central, calificación que inclusive se podría extender a la Administración Pública Nacional, si se tiene en cuenta que ellos ejercen el control de tutela, accionario y estatutario sobre los entes de la Administración Descentralizada. Ahora bien, el régimen ministerial obedece al principio de división del trabajo, puesto que la función administrativa es una sola (general o global), pero a los efectos de su optimización se sectoriza (especialización funcional), atribuyéndole la competencia de cada sector material a unos órganos denominados Ministerios o Departamentos Ministeriales. Sin embargo, la sectorización que da origen a la organización ministerial no produce una ruptura de la unidad de la Administración, en virtud de que la misma termina en unos órganos superiores que la unifican, que en nuestro caso están representados por el Presidente de la República, y el Consejo de Ministros.

El concepto expuesto de organización ministerial, permite definir a los Ministerios como órganos complejos integrados a su vez por órganos simples dependientes del Ministro, y que tienen por objeto, como sostiene JIMÉNEZ-BLANCO (1992), “la tutela de un sector específico de intereses públicos materialmente especializados y homogéneos entre sí”. También han sido definidos como “las grandes ramas en las cuales se divide orgánicamente la actividad del Estado en que se concreta la administración” (RACIOPPI), “grandes ramas en las cuales se reparte la organización pública (MORTATI, 1976), “fundamentales sectores orgánicos y unitarios en los cuales, por razón de la materia la Administración del Estado es repartida” (SANDULLI, 1974). “estructuras agregadas de

órganos estatales ordenadas según un diseño unitario, a las cuales la ley les confiere la tutela de un sector tendencialmente orgánico de intereses públicos, cuya dirección política es confiada a un órgano constitucional: el ministro" (D'AGOSTINO, 2000).

Todas las definiciones anteriores tienen un carácter eminentemente descriptivo, lo que permite explicar operacionalmente los elementos comprendidos en ellas. Así, no cabe duda que los Ministerios son órganos, en virtud de que están facultados por una norma expresa del Ordenamiento Jurídico para expresar la voluntad de una persona jurídica, la cual en nuestro caso, no es otra que la de la República. Además son complejos porque a su vez están integrados por órganos simples, que reciben diversas denominaciones Direcciones, Divisiones, Servicios, etc., aunque algunos autores como MORTATI (1974) sostienen que más que órganos simples son "uffici", en virtud de que por regla general sus actuaciones únicamente tienen relevancia en el ámbito interno, pudiendo excepcionalmente tener en el externo, pues es el Ministro el único órgano del aparato ministerial facultado para establecer relaciones jurídicas externas, y en consecuencia, para imputar tanto los actos como los efectos de los mismos, a la República.

Esta tesis del citado autor italiano hasta hace tiempo constituía una orientación doctrinaria predominante, pero es evidente que el Derecho positivo se ha encargado de desmentirla, en primer lugar, porque al atribuirle competencias a esas reparticiones administrativas y facultarlas para expresar la voluntad de la persona jurídica, sin dudas que los erige en órganos; y en segundo lugar, porque el principio organizativo de la desconcentración administrativa, que en algunos países llega a tener rango constitucional, solamente encuentra aplicación si a la unidad administrativa desconcentrada vertical u horizontalmente se le confiere el carácter de órgano. Lo que sucede es que debido a la estructura jerárquica que caracteriza a la organización ministerial, el órgano máximo, por vía de recurso o de avocamiento, salvo rarísimas excepciones, siempre va a concentrar la potestad de decisión definitiva, o sea, va a expresar en

última instancia la voluntad del órgano complejo (ministerio), rectius de la República.

Finalmente, el examen del ordenamiento jurídico venezolano desde el viejo Estatuto Orgánico de Ministerios hasta la última Ley Orgánica de la Administración Central de 1999, demuestra que los Ministerios son efectivamente grandes ramas de la Administración Central encargados de tutelar sectores específicos y determinados de intereses públicos, tales como orden público, gestión industrial, previsión social, etc. Así se desprende del artículo 39 de la LOAC derogada totalmente, que enumera los distintos despachos ministeriales en que se desagrega la Administración Central, pero que por fuerza de los hechos mantendrá su vigencia hasta tanto el Presidente de la República ejerza la potestad organizatoria que le confiere el artículo 236, numeral 20, de la Constitución.

11.2.4.4.7.3. **La potestad organizatoria de los despachos ministeriales (reenvío al punto 11.1.6 de este mismo capítulo denominado "La potestad organizatoria u organizativa).** Pese al anterior reenvío, por razones didácticas, a los fines de mantener el hilo de la exposición, nos limitamos a señalar que la Constitución de 1999, modificó significativamente la tradición constitucional en materia de organización de los Ministerios, que hasta la pérdida de vigencia de la Constitución de 1961, era de estricta reserva legal, pasando ahora a ser una competencia exclusiva y excluyente del Presidente de la República en Consejo de Ministros, por disponerlo de esa manera en forma categórica el artículo 236, numeral 20 de la Constitución. Por supuesto que esa potestad debe ser ejercida dentro de los principios y lineamientos establecidos por la correspondiente ley orgánica. Pues bien, esa ley orgánica recién termina de ser sancionada en el mes de septiembre de 2001, bajo la denominación, como hemos dicho, de Ley Orgánica de la Administración Pública, y en su artículo 58 estatuye respecto a esta materia:

> *"El Presidente o Presidenta de la República mediante decreto fijará el número, denominación, competencias y organización*

> *de los ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional, con base en los parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas que desarrolla el Poder Ejecutivo Nacional y en los principios de organización y funcionamiento establecidos en la presente Ley.*
>
> *El reglamento respectivo determinará el órgano que velará por la consistencia técnica de la organización de los Ministerios y otros órganos de la Administración Pública Nacional".*

La lectura del dispositivo transcrito no deja de sorprender, porque en lugar de establecer los principios y lineamientos reclamados por la Constitución, se limita a enunciar una regla casi natural en todo proceso organizativo, como es la referida a los "parámetros de adaptabilidad de las estructuras administrativas a las políticas públicas", pues se supone que desde la organización más elemental hasta la más compleja, por fuerza de los hechos necesariamente debe tener en cuenta dichos parámetros, so pena de colapsar en un tiempo muy breve. Por lo que toca a los principios organizativos, resulta muy positivo que aparezcan consignados en la ley, pero sin dudas que en lo sustantivo juegan un papel poco relevante como límites o principios morigeradores de la amplísima potestad que se le confiere al Presidente de la República.

Por otra parte, observamos que el aparte único del dispositivo bajo examen alude al "reglamento respectivo", lo que impone determinar de qué reglamento se trata, pues suponemos que bajo la forma de Decreto, que es la adoptada por todos los actos emanados del Presidente de la República, por disposición del artículo 15 de la LOPA, será dictado el Reglamento mediante el cual Presidente de la República ejercerá la potestad organizativa que le confiere el artículo 236, num. 20, constitucional. Ahora bien, cabe preguntarse, si el precepto legal se refiere a un "reglamento" de ese "reglamento", y sobre todo, en qué consistirá esa vigilancia que deberá ejercer el órgano "ad hoc" sobre "la consistencia técnica" de los Ministerios y demás órganos administrativos. Desde lue-

go, que no se trata de uno de los reglamentos orgánicos previstos en esa misma Ley, cuya finalidad es totalmente distinta.

En definitiva, no ayuda mucho el aludido esquema normativo, a clarificar el sentido y alcance de la potestad organizatoria que le confiere la Constitución al Presidente de la República. Pensamos que los principios y lineamientos a que alude la Constitución deberían estar consagrados en forma concreta y específica, bien como prohibiciones, bien como prescripciones positivas vinculantes, tendientes a lograr la eficacia y la eficiencia de la Administración Central, de tal manera que el Reglamento que dicte el Ejecutivo constituya un modelo organizativo novedoso, acotado por esos principios, que supere el solapamiento de competencias entre órganos, que favorezca la desconcentración regional, que establezca claras reglas de coordinación entre los órganos desconcentrados periféricos y los entes públicos nacionales, que posibilite la ruptura del mito de la uniformidad organizativa (idéntico esquema funcional y organizativo), de tal manera que los Ministerios puedan tener diferentes estructuras organizativas, propiciando el principio de la flexibilidad, atendiendo a la cantidad y calidad de sus competencias; que propicie ciertamente una clara diferenciación entre competencias políticas o gubernativas (definición de objetivos y programas, evaluación de los resultados) y competencias operativas o de gestión, y así sucesivamente.

11.2.4.4.7.4. **El número de Ministerios.** Como expresamos precedentemente el número de Ministerios está en función, en primer lugar de la evolución de la sociedad, con la cual se corresponde una determinada forma de Estado, que a su vez genera un tipo de Administración Pública destinado a tutelar un menor o mayor número de intereses públicos, los cuales tienden a ubicarse por sectores, pudiendo corresponderle a cada Ministerio un sector, que puede ser menor o mayor dependiendo de cada ordenamiento. De modo, pues que resulta difícil establecer a priori el número de Ministerios en un país. Lo que sí debe destacarse es que hasta hace poco tiempo privaba la tendencia al aumento de departamentos ministeriales, pero recientemente la misma se ha

invertido, porque las leyes tienden a reducir dichos departamentos al máximo posible. Así por ejemplo, ocurrió en Italia en el año 2000, mediante el d.lg 30julio 1999 n.300, se produjo una importante reforma de la organización de los Ministerios, y el número de éstos fue reducido de dieciocho a doce. En ese mismo sentido se orientó la LOAC de 1999, en virtud de que disminuyó el número de Ministerios de diecisiete a catorce.

Ahora bien, esa que bajo la vigencia de la Constitución de 1961 era una competencia exclusiva y excluyente que debía ser ejercida por el Poder Legislativo mediante una ley orgánica, como hemos visto, pasó a ser una competencia del Presidente de la República en Consejos de Ministros (art. 236, num. 20). Por tanto desconocemos cuál será la posición del Presidente sobre esta materia, pero pensamos que prontamente deberá manifestarla, dado que la LOAP en su **Disposición derogatoria única** derogó "in totum" el Decreto Ley N° 369, de fecha 14 de septiembre de 1999 contentivo del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, publicado en la Gaceta Oficial 36807 de fecha 14-10-99, y vuelto a publicar "por errores materiales" en la G.O. 36850, del 14 de diciembre de 1999; sin que estableciese ninguna vacancia parcial de la nueva ley que esté relacionada con situaciones relacionadas en la LOAC, porque la **Disposición final única establece** que " Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela".

Por consiguiente, en estricta puridad lógica y jurídica puede afirmarse que la actual organización ministerial, tanto en lo concerniente al número de Ministerios, como a su estructura interna, quedó sin ningún tipo de fundamentación jurídica. Por supuesto, que esa tesis, desde el punto vista fáctico y real no resulta aplicable. Pero en todo caso, esa situación impone que a la mayor brevedad posible el Presidente de la República ejerza la potestad que le confiere el artículo 236, numeral 20, de la Constitución, pese a que en el orden interno resulta muy dudoso que esa ostensible irregularidad formal genere algún tipo de consecuen-

cias, nada obsta para que el plano internacional sí puede acarrear efectos perjudiciales para la República y sus nacionales, por ejemplo en un arbitraje internacional. También esa situación debe constituir un llamado de alerta a la Asamblea Nacional para que sus integrantes sean más diligentes y, porque no decirlo también, más aptos, en el procedimiento de formación de las leyes.

En fin, bajo la vigencia de la situación fáctica antes mencionada, el número de Ministerios a partir del Decreto Ley de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, los cuales son: Del Interior y Justicia, de Relaciones Exteriores, de Finanzas, de la Defensa, de la Producción y el Comercio, de Educación, Cultura y Deportes, de Salud y Desarrollo Social, del Trabajo, de Infraestructura, de Energía y Minas, del Ambiente y de los Recursos naturales; de Planificación y Desarrollo; de Ciencia y Tecnología y de la Secretaría de la Presidencia. No obstante, es preciso destacar que recientemente el Presidente de la República (28-09-01) anunció ante la Asamblea Nacional la creación de cuatro o cinco nuevos ministerios.

11.2.4.4.7.5. **La estructura organizativa de los Ministerios (la nueva concepción de los reglamentos orgánicos).** También formaba parte de la reserva legal bajo la vigencia de la Constitución de 1961, el diseño **organizativo** de los Ministerios, razón por la cual la LOAC trazaba las líneas maestras de dicha organización en su artículo 54, colocando como base de la misma al principio de jerarquía, el cual presidía su integración así: Despacho del Ministro, Despachos de los Viceministros, los cuales estaban conformados por las unidades operativas o de ejecución, integradas bajo el siguiente orden jerárquico: Direcciones Generales, Direcciones de Línea y Divisiones. Añadía que mediante los Reglamentos Orgánicos debía determinarse la estructura y las funciones de los Viceministros y las demás dependencias de cada Ministerio.

Formalmente, como expresamos antes, esa norma por formar parte de la LOAC, fue derogada por la novísima LOAP, no obstante hasta tanto el Presidente de la República no ejerza la potestad organizatoria

que le confiere el artículo 236, num. 20, se mantendrá –fácticamente– el diseño organizativo fundamentado en la citada Ley Orgánica de la Administración Central. Sin embargo, el nuevo texto legislativo adelanta una parte de esa organización estableciendo en el artículo 64 que cada Ministerio estará integrado por el despacho del Ministro y los despachos de los Viceministros, o sea, que repite parte del artículo 54 de la LOAC, e igualmente establece que el **reglamento orgánico** de cada Ministerio determinará el número y competencias de los Viceministros de acuerdo con los sectores que deban atender, así como de las **demás dependencias** del Ministerio que sean necesarias para el cumplimiento de su cometido. La anterior norma debe armonizarse con el artículo 61 ejusdem, el cual preceptúa que las competencias específicas y las actividades particulares de cada Ministerio serán establecidas en el reglamento orgánico respectivo.

El análisis concordado de ambas normas suscita serias dudas, que pasamos a enumerar sucintamente: la primera alude a la naturaleza jurídica de los "reglamentos orgánicos", pues bajo la vigencia de la ley anterior, resultaba claro pese al nombre, que se trataban de verdaderos reglamentos ejecutivos o de ejecución, por tanto, su validez estaba condicionada a lo dispuesto en el artículo 190, ordinal 10º de la Constitución derogada, esto es, a que debían ser dictados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, sin alterar el espíritu, propósito y razón de la LOAC. La denominación que le otorgaba este texto legislativo de "orgánicos" no parecía la más acertada, porque podía conducir a personas desprevenidas a relacionar el concepto con las leyes orgánicas, y pretender darle un rango diferente en el espectro reglamentario.

Por esa razón sostuvimos en esa oportunidad que hubiera sido preferible denominarlos "reglamentos organizativos", en virtud de que su finalidad era delinear al detalle, sobre la base de la estructura general contenida en el artículo 54 de la LOAC, la organización de cada Ministerio. Quizás porque se tenía en mente este concepto, inmediatamente después de promulgada la LOAC, un sector de la doctrina pensó que se trataban de reglamentos internos, y que por tal razón, podrían ser dicta-

dos por los respectivos Ministros, tesis esta que pronto se demostró equivocada, debido al carácter ejecutivo, antes señalado, de esos reglamentos, siendo dictados todos ellos por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

Hemos explicado la situación acerca de la naturaleza de los reglamentos orgánicos bajo la vigencia de la Constitución y la ley anteriores, para pasar a compararla con la que surge de la LOAP, y en ese orden de razonamiento se observa que los legisladores al parecer perdieron de vista la mutación constitucional que se produjo en la potestad para organizar los Ministerios, que antes entraba en la reserva legal, y ahora entra en la reserva de la Administración, concretamente en la esfera de competencia del Presidente de la República. Por esa razón la Ley establecía el número de Ministerios, las competencias específicas de cada uno de ellos, y el diseño organizativo uniforme de todos ellos, identificando los niveles directivos y operativos. Luego, bajo esa óptica normativa resultaba casi natural que se dejara en manos del reglamentista determinar el número de dependencias que se inscribían en el mencionado diseño, y las competencias de cada una de ellas.

Pero en la regulación de la LOAP al no aparecer normadas las mencionadas variables, pierde sentido la consagración de los reglamentos orgánicos, concebidos como reglamentos ejecutivos, dado que no tienen nada que ejecutar o desarrollar. Es por ello que los reglamentos orgánicos estarían concebidos con la finalidad de cubrir ese vacío –dicho sea de paso impuesto por la Constitución– de la LOAP. Por consiguiente, su naturaleza cambia radicalmente, pasando a parecerse – sin llegar a encuadrar– dentro de esa categoría conceptual– a los **reglamentos delegados** contemplados en los ordenamientos jurídicos europeos. De modo, pues, que intentando aproximarnos, desde un punto de vista heterodoxo, a la naturaleza de los reglamentos orgánicos, al no ser ni ejecutivos ni independientes, diríamos que son "atípicos", porque tampoco encuadran verdaderamente en la categoría de los delegados, razón por la cual será necesario un examen ulterior para intentar ubicarlos en las categorías reglamentarias contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano.

La segunda observación está relacionada con la materia que deben disciplinar los reglamentos orgánicos, tal como aparecen concebidos en la LOAP, pues la misma está constituida por el establecimiento de las **competencias de cada Ministerio**, y con el número de viceministros**, las competencias de los mismos, la determinación de las demás dependencias de cada Ministerio, y sus respectivas competencias**. Basta comparar esas materias con el artículo 236, numeral 20 de la Constitución, para percatarse que mediante los señalados reglamentos orgánicos previstos en la LOAP, prácticamente se vació de contenido a esa potestad constitucional del Presidente de la República, y aunque si se continúa la práctica derivada de la ley anterior de aprobar los reglamentos orgánicos en Consejo de Ministros, se podría afirmar que pese a que esa potestad continúa radicada en el Poder Ejecutivo Nacional, de todas maneras desde el punto de vista sustantivo habría que admitir que se lesiona el citado precepto constitucional, en primer término porque la potestad tendría su fundamentación en la ley, y no en la Constitución, de tal suerte que podría tornarse nugatoria la misma mediante la modificación de esa Ley; en segundo término, porque sería una potestad desagregada, lo que obstaculizaría la adopción de líneas organizativas tendencialmente iguales o parecidas, como ha ocurrido hasta ahora, que puede ser positivo o negativo, pero es una opción que corresponde evaluar únicamente al titular de la competencia, dado que el diseño organizativo de cada uno de los Ministerios estaría consagrado en el respectivo reglamento orgánico.

En esta línea de pensamiento, al atribuir a cada reglamento orgánico el establecimiento de las competencias específicas de cada Ministerio, se dificulta el trazado armónico de los intereses públicos sectorizados que debe tutelar cada uno de los Departamentos Ministeriales, pudiendo con bastante probabilidad suscitarse solapamiento de competencias y hasta conflictos de conocer y de no conocer; y en tercer término, cuando la ley atribuye a los reglamentos orgánicos la determinación del número de Viceministros y sus respectivas competencias, está usurpando la competencia del Poder Ejecutivo Nacional al insertar esa clase de órganos en la

estructura organizativa de los Ministerios, que bien el Presidente de la República pudo en ejercicio de la potestad que le confiere el tantas veces citado artículo 236, numeral 20, considerar su sustitución por otra clase de órganos, verbigracia Secretarios de Estado, Secretarios Generales, Subsecretarios, etc.

En fin, estimamos que la Ley debió respetar cabalmente la potestad organizativa constitucional del Presidente de la República, de tal suerte que este regulara mediante un reglamento general el número, competencia y organización de los distintos Departamentos Ministeriales, por supuesto que fijando los lineamientos y principios, a los cuales debía sujetarse en ejercicio de esa potestad, de los cuales lógicamente no podrían invadir la parte sustantiva de esas materias. Es en el marco de ese irrespeto a la mencionada potestad en el que se insertan los reglamentos orgánicos de cada Ministerio, que bien pudieron ser reglamentos organizativos contemplados en el reglamento general, destinados a detallar el diseño organizativo contenido en el referido reglamento, y que bien pudieron ser concebidos como reglamentos internos dictados por los respectivos Ministros.

11.2.4.4.7.6. **Las funciones de los Ministerios.** Por las razones antes expuestas, las funciones de los Ministerios continúan establecidas en la ley Orgánica de la Administración Central de 1999, derogada por la LOAP. El capítulo II del Título III de ese texto legislativo (LOAP) se denomina "Del número, denominación y **competencias** de cada Ministerio" y está integrado por los artículos que van del 40 al 53, y en ellos se especifican las competencias de cada Ministerio, bajo la modalidad de definir la competencia general relacionada con el sector que atiende cada órgano ministerial, abandonando de esa manera la técnica legislativa anterior, que consistía en hacer a continuación una lista de las actividades particulares en las cuales se desagregaba dicha competencia general, la cual terminaba siempre con una de carácter residual: "las demás que le atribuyan las leyes".

Se completa el cuadro de las atribuciones de los Ministerios, debido a la práctica imperante en la Administración Central, en los reglamentos orgánicos y en los Reglamentos Internos de los Ministerios. Efectivamente, en los primeros, producto de un proceso de desagregación de la competencia general de cada Ministerio, se especifican las competencias de las Oficinas que integran el Despacho del Ministro, las competencias de los Viceministros y de las Direcciones Generales integradas a los despachos de estos últimos de las Direcciones Generales Sectoriales. En los reglamentos internos, debido a ese mismo proceso de desagregación, aparece una enumeración de las competencias de cada una de las unidades operativas que integran los Ministerios.

En efecto estos reglamentos internos dictados mediante resolución ministerial encontraban y encuentran todavía su fundamentación en cada uno de los Reglamentos Orgánicos, todos los cuales contenían y contienen una disposición del siguiente tenor "En el Reglamento Interno que dictará mediante Resolución el Ministro de... se determinarán **las competencias, organización y funcionamiento de las** Direcciones y demás dependencias administrativas del Ministerio".

En conclusión, todavía fácticamente y hasta tanto se dicten los nuevos reglamentos orgánicos contemplados en la Ley Orgánica de la Administración Pública, para conocer la estructura organizativa de un Ministerio, así como sus atribuciones, conforme a la práctica vigente en esta materia en la Administración Central, se impone cumplir el siguiente itinerario por los instrumentos normativos pertinentes: a) Analizar los pocos dispositivos de la LOAP que tocan, como vimos, la organización ministerial, b) Examinar los correspondientes dispositivos de la Ley Orgánica de la Administración Central, a fin de conocer los lineamientos generales de la estructura organizativa, así como la competencia general del Ministerio; c) Revisar el Reglamento Orgánico del Ministerio para conocer el número oficinas que forman parte del Despacho del Ministro, el número de Viceministros y las Direcciones Generales que integran los despachos de cada uno de ellos, así como sus respectivas competencias

y; d) Analizar el Reglamento Interno para conocer el número de unidades operativas o de ejecución, así como sus correspondientes competencias. También hay que tener en cuenta que excepcionalmente se atribuyen competencias a órganos ministeriales mediante Leyes especiales.

11.2.5. **Los órganos superiores de consulta (Administración Consultiva).**

11.2.5.1. **Premisa introductoria.** Conviene recordar que el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública clasifica los órganos de la Administración Pública Central, en órganos superiores de administración activa y órganos superiores de consulta, incluyendo entre éstos a la Procuraduría General de la República, al Consejo de Estado, al Consejo de la Defensa de la Nación, a los Gabinetes Sectoriales y a los Gabinetes Ministeriales. Esa posición de la ley acerca de los "órganos superiores de consulta" corrige una tesis doctrinaria, inclusive recogida en el Programa de Administrativo I de la Escuela de Derecho de la UCV, que postulaba la existencia de una **Administración consultiva,** sobre la cual nos pronunciamos en el libro Lineamientos de Derecho Administrativo, en el cual asentamos que en estricta puridad conceptual no se puede hablar de una "Administración Consultiva", en virtud de que no existe un entramado de órganos que articulado sobre los principios de la organización administrativa, como ocurre con la Administración Activa, ejerza una función dirigida directamente a tutelar los intereses generales de la comunidad. Por esa razón es preferible referirse a la "función consultiva", o bien utilizar la expresión manejada mayoritariamente por la doctrina "órganos consultivos de la Administración". Esa fue la tesis recogida en la LOAP en su artículo 45, cuando denominó a una de las categorías orgánicas como "órganos de consulta".

Los órganos consultivos surgen como una necesidad del aparato administrativo del régimen absolutista, pues si bien éste se afincaba en la figura indiscutida del Rey o Monarca, también lo hacía en un conjunto de órganos colegiados denominados Consejos ("Consiglia Regis" o Conse-

jo del Rey), que estaban encargados de asesorar al Rey en los asuntos del Estado. Sin embargo, como lo asienta SANTAMARÍA (1991), la imposibilidad física de que el Rey pudiera concentrar todas las funciones del Estado, dio lugar a que en la práctica estos Consejos –que nacieron como órganos consultivos– pasaran a ser órganos activos con funciones no sólo administrativas, sino también normativas y jurisdiccionales.

Napoleón al reformar la Administración Francesa en 1800 cambia sustancialmente el modelo anterior, pues encomienda tareas administrativas concretas a titulares de cargos unipersonales, de su confianza, que dependían directamente de él. El nuevo modelo que responde a la tesis que postula que "deliberar es de muchos, y actuar de uno sólo", reivindica el concepto originario de órgano consultivo; por consiguiente, se establece una neta separación entre este tipo de órganos y los unipersonales de administración activa, siendo ejemplo emblemático de los primeros, en su primera etapa de funcionamiento, el Consejo de Estado Francés.

Precisamente la mayoría de la construcción doctrinaria acerca de los órganos consultivos está basada en la separación existente entre los activos y éstos, los cuales requieren esa condición para poder reflexionar y deliberar. SANTAMARÍA (1991) sostiene que dicha concepción requiere ser revisada, en razón de las características que ha asumido la Administración Pública actual, a la cual le corresponde atender cada vez más, y urgentes necesidades públicas, a cuyo efecto la mayoría de las veces no puede esperar un criterio de un órgano consultivo, casi siempre colegiado, alejado del activo, cuyo procedimiento de la formación de su voluntad (adopción del dictamen o proposición) atenta contra la idea de celeridad y eficiencia que preside a la Administración moderna. En otros términos, en criterio del citado autor, el modelo del siglo pasado de órganos consultivos resulta totalmente obsoleto, e incompatible con un sistema impuesto en la práctica, esto es: "...que el órgano activo precisa de un asesoramiento constante, ejercido por personas muy próximas a él, tanto físicamente como en términos de confianza; un asesoramiento informal e interactivo, ejercido de modo verbal la más de las veces, mediante un flujo

recíproco de información y de opiniones con personas que estén asociadas diariamente a la gestión de los problemas a tratar...".

Si bien la anterior observación de Santamaría luce muy acertada, cabe señalar que ni a nivel legislativo ni doctrinal existe una tendencia dominante para acoger la tesis en la cual se inscribe la misma, e inclusive en España los órganos consultivos, según el criterio de dicho autor, siguen regulados por una normativa derivada de la doctrina tradicional. Por esa razón orientamos nuestra exposición siguiendo dicha doctrina, en virtud de que los órganos consultivos de la Administración Pública Venezolana están regidos por una disciplina normativa basada en la doctrina cuestionada por Santamaría.

11.2.5.2. **Definición de órganos consultivos o de consulta.** Si se atiende al concepto de función consultiva, así como al de órgano, en estricta puridad conceptual, no podría hablarse de "órganos consultivos" o de consulta, pues para ello se requeriría que estuviesen facultados por una norma del ordenamiento jurídico para expresar la voluntad de la persona jurídica de la cual forman parte, y como se sabe los órganos consultivos ilustran a los activos, mediante criterios, dictámenes o propuestas, a los fines de que éstos actúen o decidan; por tanto, son los activos, basados o no en los criterios de los consultivos, quienes imputan los actos y los efectos de los mismos a las personas jurídicas de las cuales forman parte. Luego, a lo sumo se podrían considerar "órganos internos", en razón de que perfectamente pueden establecer relaciones intraorgánicas, mas no relaciones intersubjetivas, salvo que excepcionalmente una disposición de la Ley disponga lo contrario, lo que constituiría un contrasentido conceptual.

Corresponde, pues, a estos órganos realizar la función consultiva, la cual consiste, como sostiene MARIENHOFF (1970), "...en una actividad preparatoria de la manifestación activa de la Administración. Consiste en una función de colaboración". Están llamados, como expusimos antes, a ilustrar a los órganos activos, preparándole elementos de juicio

que sirvan para la formación de la voluntad de aquellos al momento de actuar, o adoptar un proveimiento. Pueden ser colegiados –la gran mayoría– e individuales o unipersonales, permanentes o transitorios, e inclusive "ad hoc".

11.2.5.3. **Caracterización de la función desarrollada por los Órganos consultivos.** La función que desarrollan estos órganos puede ser obligatoria o facultativa. Es obligatoria, cuando el órgano activo a quien corresponda adoptar determinada decisión, debe por disposición legal, antes de proceder a emanarla, requerir el criterio de un órgano consultivo determinado. Así por ejemplo, la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (art.86) impone que toda operación de crédito público, independientemente de su cuantía, deba ser consultada con el Banco Central de Venezuela, en lo concerniente al impacto monetario y a las condiciones financieras de la misma. La omisión de la consulta impuesta por Ley, conduce a la anulabilidad de la operación de crédito público.

La función es facultativa, cuando el órgano activo que deba adoptar la decisión, aún existiendo un órgano consultivo en el sector, puede solicitarle su asesoría o no, a los fines de la emanación del acto. Por ejemplo, la mayor parte de la función consultiva que ejerce actualmente la Procuraduría General de la República, reviste esa característica, pues únicamente actuará cuando sea requerida por escrito por el Presidente de la República o los Ministros. Al parecer esa continuará siendo la función que seguirá desempeñando el mencionado órgano. En otros términos, ante la inexistencia de una norma expresa que imponga al órgano activo el deber de solicitar el asesoramiento del consultivo, el primero puede emanar su decisión, requiriendo o no, la asesoría del segundo, sin que la omisión de la consulta constituya una causal de anulabilidad de dicha decisión; en cambio, –insistimos– cuando la función consultiva es obligatoria, la abstención del activo en la formulación de la consulta si constituye una causal de anulabilidad o nulidad relativa del correspondiente proveimiento administrativo.

De otra parte, los órganos consultivos pueden tener una función restringida o amplia. Es restringida cuando la ejercen únicamente a requerimiento de los órganos de administración activa, y es amplia cuando pueden ejercerla más allá de los requerimientos específicos de los órganos activos, pudiendo, de oficio, elevar proposiciones ante éstos. Así por ejemplo en la todavía vigente Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Consejo Bancario Nacional, además de evacuar las consultas que le formulen la Superintendencia de Bancos y el Banco Central de Venezuela (art. 140, num. 2 LGBIF), está facultado para estudiar las condiciones bancarias y económicas del país y enviar los informes correspondientes con sus conclusiones y recomendaciones, a la Superintendencia y al Banco Central (art. 140, num. 1 LGBIF).

El resultado del ejercicio de las funciones de los órganos consultivos se traduce en actos denominados dictámenes, proposiciones, criterios, etc., los cuales se clasifican en vinculantes o libres. El dictamen es vinculante cuando el órgano está obligado, por una disposición legal, a ajustar su actuación al criterio emanado del órgano consultivo, so pena de incurrir en un vicio que puede acarrear la nulidad del proveimiento; en cambio; es libre cuando una vez recibido el dictamen, el órgano activo puede ajustar o no su actuación, al contenido del mismo, sin que la separación de dicho dictamen tenga ninguna consecuencia jurídica sobre el acto emanado. En términos generales, se puede afirmar que en la Administración Pública, en la gran mayoría de los casos, la función de los órganos consultivos es consagrada en forma facultativa, y que los dictámenes producto del ejercicio de la referida función, en casi todos los casos, quedan a la libre apreciación de los órganos activos; de allí que cuando se pretenda calificar a la función consultiva como obligatoria, y a los dictámenes como vinculantes, se requiere necesariamente que tal calificación provenga de una norma expresa del Ordenamiento Jurídico.

Es necesario subrayar que la referida calificación no puede derivarse de una interpretación extensiva o analógica, pues tiene –insistimos– que estar expresamente consagrada en una norma. Así por ejemplo,

la todavía vigente Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (LGBIF), trae un caso en el cual la opinión del Consejo Superior de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, resulta vinculante para el Superintendente de Bancos. Se trata del otorgamiento de las autorizaciones para la promoción y apertura de bancos, para el establecimiento en el país de sucursales de bancos extranjeros y para la disolución, fusión y venta del capital social de los bancos y otras instituciones financieras (Art. 177, num. 1). O sea, que sin la opinión favorable del Consejo Superior, la Superintendencia no puede otorgar las referidas autorizaciones, lo que otorga carácter vinculante al dictamen del órgano consultivo.

Finalmente, conviene advertir que no debe confundirse la proposición emanada de un órgano consultivo, en virtud de que está facultado para ejercer esa función en forma amplia, para un órgano activo, con la proposición que se suele utilizar en la administración activa, sobre todo en administración de personal, por ejemplo, cuando un órgano activo propone a otro órgano de la misma naturaleza el nombramiento del titular de un cargo, pues en el primer caso aun cuando el acto se denomina proposición, constituye una simple manifestación de juicio, de inteligencia o de apreciación técnica. En el segundo, el acto tiene un carácter propulsivo, debido a que su finalidad es solicitar la actuación de otro órgano activo, y al mismo tiempo expresar el contenido que debe darse al proveimiento. Un ejemplo de este último tipo de proposiciones aparece recogido en el artículo 62 de la Ley de Universidades, que atribuye a los Consejos de Facultades, la competencia para **proponer** al Consejo Universitario el nombramiento y remoción de los Directores de Institutos y de los Jefes de Cátedras y Departamentos.

11.2.5.4. **La Procuraduría General de la República.**

11.2.5.4.1. **Premisa introductoria.** Para iniciar el examen de la Procuraduría General de la República, conceptuada como órgano consultivo de la Administración Central, tal como lo establece el artículo

45 de la LOAP, parece conveniente, desde el punto de vista didáctico, exponer sucintamente su regulación en la Constitución de 1961. En efecto, en el referido texto constitucional la Procuraduría General de la República estaba concebida como el órgano consultivo más importante de la Administración Pública, en **el área jurídica**, pues así se desprendía de su artículo 202, ordinales 2º y 3º, que le atribuía respectivamente la competencia para "**Dictaminar** en los casos y con los efectos señalados en las leyes" y "**Asesorar** jurídicamente a la Administración Pública Nacional". Los referidos dispositivos normativos fueron desarrollados por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, aún vigente, en la cual se precisa la forma, oportunidad y requisitos para el ejercicio de dicha función consultiva, así como los órganos a quienes van dirigidos los dictámenes y el efecto de los mismos.

En suma, del referido precepto constitucional se derivaba en forma incuestionable el carácter de órgano consultivo que revestía la Procuraduría General de la República, el cual queda por lo demás totalmente reafirmado con disposiciones generales y particulares de la Ley Orgánica correspondiente, que todavía mantiene su vigencia, pero que prontamente será reformada totalmente sobre la base de la Ley habilitante sancionada por la Asamblea Nacional en el año 2000.

11.2.5.4.2. **El carácter de órgano consultivo de la Procuraduría General de la República en la Constitución de 1999.** Hay que comenzar señalando que a diferencia de la normativa contenida en la Constitución de 1961, que como quedó demostrado delineaba a la Procuraduría General de la República, como el órgano consultivo por antonomasia, en el área jurídica, de la Administración Pública, la contenida en la Constitución de 1999, no resulta nada clara en ese sentido. Por esa razón luce útil realizar el seguimiento del iter constituyente del precepto contenido en la referida Carta Constitucional. En tal sentido cabe destacar que en el Anteproyecto de Constitución dicho precepto estaba contenido en el artículo 290, en los siguientes términos:

"La Procuraduría General de la República ejerce la defensa y representación judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República y la **asesoría jurídica**. La ley orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento". En la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente, en que se dio la primera discusión el constituyente Eustoquio Contreras en nombre de la Comisión que estudió esa parte del Anteproyecto, una vez sometido a consideración el transcrito texto del artículo, expresó "**hay cambios sustanciales en su encabezamiento"** y a continuación leyó la proposición de la Comisión, con los mencionados cambios sustanciales, la cual fue del siguiente tenor:

"La Procuraduría General de la República asesora, defiende y representa judicial y exrtrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República y deberá ser **consultada** para la aprobación de los contratos de interés público nacional. La Ley Orgánica determinará su organización, competencia y funcionamiento".

El Presidente de la Asamblea sometió a consideración el artículo propuesto por la Comisión, el cual no mereció ni siquiera un comentario de ninguno de los constituyentes, razón por la cual resultó aprobado en esos términos, y pasó a ser el artículo 247 de la Constitución de 1999.

Ahora bien, sin dudas que los cambios –en criterio de la Comisión que estudió el Título correspondiente– sustanciales deben haber afectado de alguna manera la "ratio" de la norma original (del anteproyecto), que no era otra, en la materia que nos ocupa, que erigir, al igual que la Constitución de 1961, a la Procuraduría General de la República en el órgano fundamental de asesoría jurídica de toda la Administración Pública Nacional. Ya que ninguna otra podía derivarse ni textual ni contextualmente de la clarísima expresión: **ejerce la asesoría jurídica**, la cual desaparece sin ninguna motivación del precepto propuesto por la Comisión, que a la postre resulta aprobado.

Podría pensarse que los miembros de la Comisión consideraron que tal función quedaba comprendida en el precepto bajo examen, en virtud de que éste pauta "... **asesora,** defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República", pero por supuesto que ante el cambio "sustancial" experimentado por el texto del anteproyecto, también cualquiera tendría derecho a pensar que ese asesoramiento, vista la supresión de la función amplísima de asesoría jurídica, está referido ciertamente a una actividad asesora pero restringido a la materia relativa a los intereses patrimoniales de la República, razón por la cual estaría excluida la labor consultiva en el ámbito de la Administración Pública, que no esté relacionada con esa materia.

Esta tesis encuentra respaldo en el propio dispositivo constitucional, porque dentro de los referidos cambios sustanciales, fue establecida la consulta obligatoria a la Procuraduría General de la República para la aprobación de los contratos de interés nacional, lo que pareciera revelar que ese es un caso particular de función consultiva, que de manera excepcional se atribuye al órgano bajo examen, o sea, que fuera del referido caso no estaría establecido ningún otro, porque la voluntad de los constituyentes fue suprimirle la función de asesoría jurídica a la Procuraduría General de la República. Hay que registrar en ese sentido que en la misma sesión del 5 de noviembre de 1999, cuando se discutía sobre la inclusión o no del Consejo de Estado en el texto constitucional, algunos de los Constituyentes, entre ellos BREWER, sostuvieron "Además tiene que tener en cuenta que ya aprobaron las normas sobre la Procuraduría, y le **quitaron el carácter de asesoría jurídica** que tenía tradicionalmente la propia Procuraduría".

Es preciso advertir que esta tesis cobraba mayor fuerza si se tiene presente que el artículo concerniente a la Procuraduría, se discutió antes de la normativa regulatoria del Consejo de Estado, la cual expresaba que "El Consejo de Estado es el **órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública.** Ejerce sus funciones... para garantizar el desarrollo normativo de la Constitución y el resto del ordenamiento jurí-

dico". En otro artículo precisaba esa competencia así: "El Consejo de Estado tiene la iniciativa de la ley, tiene un carácter perceptivo (sic) en todos los tratados o convenios internacionales, disposiciones reglamentarias, conflictos de atribuciones entre los distintos ministerios, anteproyectos de leyes, o proyectos de disposiciones administrativas".

En nuestro criterio, resultaba natural para cualquier constituyente aprobar la modificación "sustancial" del artículo bajo análisis, regulatorio de la Procuraduría, si tenían en cuenta, y no había forma de no tenerlas, las funciones antes mencionadas que se atribuían al Consejo de Estado, y que ciertamente lo dibujaban como el órgano máximo consultivo tanto de la Administración Pública, como del Gobierno. Y sobre ese carácter, vista las señaladas funciones, estimamos que no podía generarse ningún tipo de dudas para constituyentes o no constituyentes. Precisamente esa conclusión, era la que tenía que orientar al intérprete, en estricto rigor lógico, hacia la posición que abogaba por la supresión de la función de asesoría jurídica, o mejor consultiva, de la Procuraduría General de la República.

Pues bien, como lo veremos más adelante, la discusión que se suscitó sobre la inclusión o no del Consejo de Estado en la Constitución, condujo a una especie de solución transaccional, que desnaturalizó el carácter original con que había sido concebido dicho órgano, en virtud de que le suprimió total y absolutamente la función consultiva en materia jurídica, creando de esa manera sin que los constituyentes se percataran una especie de vacío, pues al serle suprimida esta función tanto a la Procuraduría como al Consejo de Estado, habría que concluir que constitucionalmente no había sido asignada ningún órgano. El referido vacío tiene su origen en la inadvertencia de los constituyentes, que pasaron de un extremo a otro: del anteproyecto de Constitución, en el cual se le atribuían funciones consultivas a ambos órganos, al texto de la Constitución, cuyo análisis, a la luz de los razonamientos anteriores, permite sostener que las referidas funciones fueron suprimidas, durante las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, tanto a la Procuraduría General de la República, como al Consejo de Estado.

Pero evidentemente que en el marco de los métodos hermenéuticos, y de la racionalidad e institucionalidad misma, se impone cubrir ese vacío formal, para lo cual habrá que acudir, aunque la salida sea poco ortodoxa, a la palabra **asesoramiento** que acompaña a los términos defensa y representación de los intereses patrimoniales de la República, y suponer que en la misma aparece comprendida en toda su extensión la función consultiva de la **Administración Pública**, que por cierto como complejo orgánico no aparece mencionado en ninguno de los artículos que regulan a la Procuraduría General de la República, razón por la cual tendremos que suponer igualmente que el concepto de "República", en el contexto de esos dispositivos, es equivalente a Administración Pública Nacional.

Debemos confesar que la tesis nos resulta sumamente débil desde cualquier óptica en que se coloque el intérprete, pero es la única que permite atribuirle a algún órgano constitucional la importantísima función consultiva en materia jurídica, por lo demás necesaria para el funcionamiento institucional del Estado. No obstante, debemos reconocer que la aludida tesis sale fortalecida, cuando se armoniza el artículo 247, con el artículo 250, ambos de la Constitución, que establece la obligatoriedad del Procurador General de la República de asistir a las reuniones del Consejo de Ministros, el cual como hemos dicho es el órgano superior de la Administración Pública, y pareciera que carecería de sentido establecer esa obligación teniendo en cuenta únicamente el papel de " abogado de la República" del mencionado funcionario, y por el contrario, adquiría sentido pensar que esa "asistencia obligatoria" fijada constitucionalmente está relacionada, no siendo el Procurador órgano de administración activa, con su rol de titular de órgano superior de consulta de la Administración Central, tal como lo califica la LOAP en su artículo 45. O sea, que ese deber constitucional de asistencia a las sesiones del Consejo de Ministros, no siendo integrante del mismo, habría sido establecido porque se consideraba a la Procuraduría General de la República, el órgano consultivo fundamental, en materia jurídica, tanto de la Administración Pública como del Gobierno, que como hemos dicho coinciden orgánicamente en el Consejo de Ministros.

En definitiva, consideramos que la Procuraduría General de la República constituye el órgano superior de consulta, en materia jurídica, de la Administración Central y también de la Descentralizada funcionalmente. Debido a que no tuvimos acceso al Proyecto de Decreto ley que próximamente será dictado, en virtud de que al parecer constituye una especie de "secreto de Estado", nos vemos imposibilitados de referirnos sucintamente a los lineamientos fundamentales de dicho proyecto, pero en todo caso estimamos que en el mismo se acogerá el principio doctrinario general acerca del carácter libre de los dictámenes emanados de los órganos consultivos, y estatuirá que las opiniones de la Procuraduría en los asuntos sometidos a su consulta no tendrán efecto vinculante, salvo en los casos que de manera expresa establezcan en las leyes. Este efecto de los dictámenes debería extenderse, en el marco del referido principio doctrinario, inclusive a los emanados en los casos de consulta obligatoria.

Pensamos que debería mantenerse, con la finalidad de perfeccionar la función consultiva de la Procuraduría, el Consejo de Asesoría Jurídica de la Administración Pública, previsto en el artículo 9 de la ley todavía vigente, con la misma integración o con una diferente, manteniéndole la función esencial de conocer y opinar sobre los proyectos de leyes nacionales y otras materias jurídicas de interés para la Administración Pública.

Cabe señalar que el Procurador General de la República deberá ser un abogado con altísimas calificaciones profesionales, pues en él reposa no sólo la defensa patrimonial de la República, sino también en ese proceso de "consulta proactiva" a que se refiere el autor español Santamaría, el fundamento jurídico de muchas decisiones trascendentes que debe adoptar el Presidente de la República, además de toda la función consultiva de la Administración Pública Nacional. Por tanto, deberá reunir las mismas condiciones exigidas para ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, esto es, ser jurista de reconocida competencia, haber ejercido la abogacía durante quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica, o haber sido profesor en materia jurídi-

ca en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor titular, o haber sido juez superior durante un tiempo mínimo de quince años. Corresponde al Presidente de la República nombrar al Procurador General de la República, con la autorización de la Asamblea Nacional, la cual debe limitarse a establecer si el designado reúne los requisitos indicados en la Constitución.

11.2.5.5. **El Consejo de Estado.**

11.2.5.5.1. **Premisa introductoria.** Hay que comenzar señalando que tal como quedó normado el Consejo de Estado en el artículo 251 de Constitución tiene sus antecedentes constitucionales en los **Consejos de Gobierno** regulados en la Constitución Bolivariana (Colombiana) de 1821, el cual tenía asignada la función consultiva en materia gubernativa (art. 134), en la Constitución de 1857, al cual se le atribuía una competencia consultiva en materia jurídica relacionada fundamentalmente con leyes y proyectos de leyes (art. 73); en la Constitución de 1893, el cual tenía atribuida una competencia consultiva, tanto administrativa como gubernativa (art. 85); y en la Constitución "gomecista" de 1909, cuyas funciones consultivas eran muy similares a las que estaban previstas en la Constitución de 1893, o sea, que incidían tanto en materia administrativa como gubernativa. De modo, pues, que a diferencia de lo sostenido por varios constituyentes en el debate sobre la normativa reguladora de este órgano, si existen antecedentes del mismo.

Pero en virtud de que tal como quedó finalmente redactada esa normativa, la misma genera dudas acerca de la verdadera naturaleza de este nuevo órgano constitucional, conviene, como lo hemos hecho en otros casos, trazar sucintamente el "iter" de esa normativa, y al respecto hay que señalar que en el Anteproyecto de Constitución aparecía concebida de la siguiente manera:

> *Art. 294 " El Consejo de Estado es el* ***órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública.*** *Ejerce sus*

funciones... para garantizar el desarrollo normativo de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico".

Art. 295 "El Consejo de Estado tiene la iniciativa de la ley, tiene un carácter perceptivo (sic) en todos los tratados o convenios internacionales, disposiciones reglamentarias, conflictos de atribuciones entre los distintos ministerios, anteproyectos de leyes, o proyectos de disposiciones administrativas, transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la hacienda pública y arbitraje de los conflictos que se susciten, igualmente atenderá los asuntos del Estado a los que el Presidente reconozca especial trascendencia y requiera su dictamen, y todos aquellos otros que determine la Ley Orgánica".

Cuando la normativa fue sometida a la primera discusión el 5 de noviembre de 1999, el Constituyente **Gómez Grillo** propuso a nombre de la Comisión que estudió el capítulo, eliminar el Consejo de Estado, por considerarlo "fútil e innecesario". Pero pese a esa opinión de la Comisión se abrió el debate y un grupo de constituyentes abogó por mantener el órgano tal como aparecía en el Anteproyecto. Hay que reconocer que varios de esos constituyentes, esgrimieron argumentos inconsistentes tanto desde el punto de vista histórico como conceptual, inclusive se llegó a sostener que "en España tiene 700 años, 800 en Francia, y en Colombia ...desde la fundación de la República", desconociendo que el origen del Consejo Estado, por lo menos en el mundo occidental, tiene su origen en Francia, y fue creado en la Constitución del Año VIII (1800), con la finalidad de asesorar a los Ministros en la resolución de las controversias que se suscitaban entre la administración y los ciudadanos. Posteriormente (1872) pasó a ser el máximo juez de la jurisdicción contencioso administrativa. Pues bien, esa fue la idea matriz del Consejo de Estado, siendo implantada en casi todos los países de Europa. Con el correr del tiempo, como es lógico, ha recibido correcciones y modificaciones en distintos países, pero en todos ellos las grandes coordenadas que definen este órgano están represen-

tadas por la **función consultiva y la jurisdiccional**, como ocurre en Italia, Francia y Colombia, o únicamente la función **consultiva**, como ocurre en España.

Por otra parte, más atrás quedó demostrado que bajo la denominación de Consejo de Gobierno, sí existían antecedentes constitucionales de la institución bajo examen, inclusive con participación de representantes de todos los Estados. Ahora bien, hemos realizado esas precisiones conceptuales, sin ningún ánimo peyorativo, en razón de que la finalidad de este libro es fundamentalmente didáctica, y cualquier estudiante de derecho puede leer esos debates, y formarse una idea errónea acerca de esta institución.

Ahora bien, como producto de la mencionada discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se llegó a una solución transaccional, que modificó el artículo que encabezaba el capítulo en la forma en que aparece recogido en el artículo 251 de la Constitución, pese a que la proposición aprobada formulada por el constituyente I. Rodríguez, consistía en mantener el artículo en su versión original, y esa misma proposición condujo a la supresión del precepto que contenía las funciones del Consejo de Estado, manteniéndose sin modificaciones el dispositivo relativo a la integración del órgano.

11.2.5.5.2. **Naturaleza del Consejo de Estado.** Debido al aludido "misterio" constituyente, el precepto constitucional quedó redactado así:

> *Art. 251 "El Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública Nacional. Será de su competencia recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos en los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión.*
>
> *La ley respectiva determinará sus funciones y atribuciones".*

Hay que comenzar señalando que esa fue la proposición que presentó la Comisión, en la búsqueda de una salida transaccional en la sesión del 5 de noviembre de 1999, en palabras del constituyente Reyes Reyes, con la única diferencia de que en lugar de "Gobierno y Administración Pública Nacional" decía "del Presidente de la República". Pero la misma resultó rechazada al ser aprobada la presentada por el constituyente I. Rodríguez, que mantenía la versión original del artículo, no obstante fue la que pasó al texto de la Constitución, pero con la referida modificación. Lo cierto es que la redacción que se le dio al precepto, suponemos que en la búsqueda de esa transacción, que sin dudas pasó por encima por la voluntad de la Asamblea, dificulta bastante la búsqueda del hilo conductor que permita determinar realmente la naturaleza de este nuevo órgano constitucional.

Efectivamente, de conformidad con el tenor literal del precepto bajo examen el **Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno y de la Administración Pública**, razón por la cual si esa expresión constitucional se contextualiza en el marco de la organización del Poder Nacional, podría concluirse que es el único consultivo de la Administración Pública y el Gobierno, o en todo caso que es el máximo órgano de consulta, lo que no dejaría de suscitar serios problemas de competencia con la Procuraduría General de la República. Inclusive si el legislador se coloca en esa perspectiva hermenéutica, podría sobre la base de la competencia que delega el constituyente erigirle mediante la atribución de sus funciones, en el verdadero órgano superior de la Administración Pública Nacional.

Sin embargo, esa tesis resulta sumamente discutible, si se contextualiza esa parte del artículo 251 con el resto del mismo, esto es, el que define en realidad la competencia constitucional del Consejo de Estado: " recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requieran de su opinión". En efecto, en la búsqueda de la "ratio" de la norma debemos acudir a la distinción funcional que la doctrina ha

construido entre el gobierno y la administración, que radica básicamente en que corresponde al primero formular las políticas generales del Estado, y a la segunda ejecutar dichas políticas. Por consiguiente, bajo esa perspectiva conceptual, resulta concluyente que el Consejo de Estado tiene competencia para recomendar políticas de interés nacional, es decir, ejercer su función consultiva única y exclusivamente para el gobierno, bien concebido como órgano colegiado (Presidente en Consejo de Ministros), bien como órgano monocrático (Presidente de la República, como Jefe del Ejecutivo Nacional).

Conforme al argumento expuesto, entonces, habría que postular que el proceso interpretativo conduce a redimensionar la expresión que encabeza el artículo, y en consecuencia a postular que el Consejo de Estado es el órgano superior de consulta del Gobierno, y a excluirlo del rol de órgano de consulta de la Administración Pública Nacional, reservándole esa función, por las razones expuestas anteriormente a la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, planteada así la situación formalmente, el órgano delineado en el artículo 251, sobre la base de una competencia constitucional única (asesorar al Gobierno) se parece mucho más, pese a su denominación, a un Consejo de Gobierno que a un Consejo de Estado. Además a un Consejo de Gobierno absolutamente disminuido, porque ni siquiera en el creado por la Constitución "gomecista" de 1909, la actuación de ese órgano se dejaba en manos del Presidente de la República. En efecto, en el artículo 94 de ese texto constitucional se le atribuían un conjunto de funciones, que el Consejo de Gobierno estaba obligado a ejercer sin depender para nada de la voluntad del Presidente. Así, por ejemplo, entre esas funciones estaban "Prestar o negar su asentimiento para que se ejerza por el Presidente de la República cualquiera de las atribuciones que se le confieren por el artículo 82 (ord. 2°). "Prestar o negar consentimiento para los créditos adicionales que soliciten los Ministros en sus respectivos ramos", y así sucesivamente.

En cambio, en la Constitución vigente la actuación no depende de un supuesto de hecho delineado normativamente, cuya ocurrencia está absolutamente desvinculada de la voluntad presidencial; por el contrario, únicamente estará habilitado para actuar (emanar recomendaciones) sobre aquellos asuntos que el **Presidente reconozca de especial trascendencia**, y además **requiera de su opinión**. Lo que quiere decir que un asunto puede ser muy importante, inclusive apreciado de esa manera por el propio Presidente; pero si éste no requiere la opinión del Consejo de Estado, este órgano dormirá un largo sueño, porque a la luz de la actual Constitución no está facultado para emanar propuestas, es decir, para actuar de oficio.

Somos del criterio que al haber atribuido tanto poder al Presidente de la República, que no era la concepción originaria, es decir, la consagrada en el Anteproyecto, desnaturalizó de tal manera al órgano, que lo convirtió en inoperante y casi totalmente inútil, pero sobre todo absolutamente dependiente en su funcionamiento del Presidente de la República, acrecentando de esta manera las enormes potestades que ya detenta, lo que es más grave, desnaturalizando una institución que como Consejo de Estado o Gobierno lucía muy importante frente a los retos que supone el desarrollo de la nueva Constitución.

El artículo 252 constitucional detalla la integración del Consejo de Estado, con representantes del Poder Ejecutivo Nacional, el Vicepresidente Ejecutivo y cinco representantes designados por el Presidente de la República, un representante designado por la Asamblea Nacional, un representante designado por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estatales.

Esta composición revela claramente el predominio del Gobierno, en virtud de que de nueve miembros, seis son del Poder Ejecutivo Nacional. A título anecdótico cabe señalar que en las Constituciones de 1857, 1893 y 1909, los integrantes del Consejo de Gobierno eran elegidos por el Congreso, siendo presididos en los primeros casos por el Vicepresi-

dente de la República, y en el último el Presidente era elegido de su seno, y se trataban de Consejos de Gobierno, no de **un Consejo de Estado**, como es denominado formalmente en el artículo 251 constitucional.

Finalmente, cabe señalar que LOAP, texto legislativo que en su artículo 45 erige al Consejo de Estado en órgano superior de consulta de la Administración Central, no establece lineamiento alguno sobre el mismo , porque aparte de esa mera calificación, apenas contiene un único artículo (84) que integra el Capítulo el VI del Título III, que se limita a repetir textualmente el artículo 251 de la Constitución.

11.2.5.6. **El Consejo de Defensa de la Nación.** Este órgano constituye una innovación constitucional, derivada de la consagración de todo un nuevo título (VII) en la Constitución de 1999, denominado "De la Seguridad de la Nación", que pretende introducir un concepto de seguridad que vaya más allá del estrictamente militar para comprender los ámbitos económico, social, cultural, geográfico, ambiental y también militar. Tal vez esa concepción llevó a los constituyentes a reafirmar el concepto de nación, que como se sabe alude al elemento subjetivo del Estado, al pueblo, para intentar establecer una especie de contraste formal con el término Estado, tal como se desprende de los artículos 322 y 326 que respectivamente prescriben "La seguridad de la **Nación** es competencia esencial y responsabilidad del **Estado**...". "La seguridad de la **Nación** se fundamenta en la corresponsabilidad entre el **Estado** y la sociedad civil,...". Pero hay que subrayar que se trata únicamente de evidenciar el contraste, y de esa manera reflejar la nueva concepción constitucional, porque en realidad desde el punto vista jurídico, Nación y Estado son conceptos totalmente equivalentes, que en algunos ordenamientos como el italiano que diferencia entre Estado ordenamiento y Estado Comunidad, se equipara a esta última noción, precisamente para poner de relieve la variable subjetiva (pueblo).

Pues bien, en el contexto de este marco conceptual la Comisión de Seguridad que estudió el Título VII del anteproyecto de Constitución,

consideró que la seguridad de la Nación debía estar encomendada a un órgano, y propuso a la Asamblea Nacional Constituyente en la sesión del 9 de noviembre de 1999, la creación del Consejo de Defensa de la Nación, siendo aprobado en los términos que pasó a la Constitución, y hoy es el artículo 323, que prescribe:

> *"El Consejo de Defensa de la Nación es el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico. A tales efectos, le corresponde también establecer el concepto estratégico de la Nación. Presidido por el Presidente o Presidenta de la República, lo conforman, además, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente o Presidenta del Consejo Moral Republicano y los Ministros o Ministras de los sectores de la defensa, la seguridad interior, las relaciones exteriores y la planificación, y otros cuya participación se considere pertinente. La ley orgánica respectiva fijará su organización y atribuciones".*

De la lectura del precepto constitucional se colige que se trata de un órgano consultivo de los órganos del Poder Público, a los cuales les corresponde ejercer las competencias concernientes a la seguridad de la Nación (defensa integral, soberanía e integridad del espacio geográfico), desde luego en el marco de la nueva concepción constitucional. Tocará a la Ley Orgánica, en primer lugar, desagregar esas competencias generales en competencias específicas; en segundo lugar, establecer las reglas de funcionamiento de ese órgano colegiado, pero sobre todo deberá pronunciarse acerca de la posibilidad de consagrar votos ponderados. Por otra parte, se observa que el mecanismo de integración resulta flexible, pues aparte de los máximos titulares de los Poderes Públicos, excluido inexplicablemente el del Poder Electoral, del Vicepresidente Ejecutivo, y

los cuatro ministros allí mencionados, queda abierta la posibilidad de que participen otros Ministros en las sesiones de dicho órgano.

Lo que no queda claro es si esa participación comporta una integración permanente al órgano; por tanto, con derecho a voz y voto, o por el contrario sencillamente se trata de una “participación” reducida exclusivamente a un punto que se debata en la sesión, o en toda la sesión, o en más de una sesión. Corresponderá entonces a la Ley esclarecer esta situación que reviste mucha importancia, dada la naturaleza de órgano colegiado del Consejo de Defensa de la Nación, ya que incide en aspectos tan sensibles como el quórum de instalación y funcionamiento, así como la mayoría requerida para adoptar las decisiones.

11.2.5.7. **Los Gabinetes Sectoriales.**

11.2.5.7.1. **Definición y número de Gabinetes Sectoriales.** Los Gabinetes Sectoriales son esencialmente, como lo establece el artículo 45 de la LOAP consultivos, puesto que su finalidad principal es asesorar al Presidente de la República proponiéndole acuerdos, políticas sectoriales, así como para estudiar y hacer recomendaciones sobre asuntos que deben ser considerados por el Consejo de Ministro. Sin embargo, pueden ser creados como órganos con función de administración activa cuando se les atribuye la competencia de coordinar las actividades entre varios Ministerios o entre éstos y determinados entes públicos. En realidad se trata de órganos de carácter interno, porque no están facultados para expresar la voluntad de la República, pues en definitiva sus dictámenes están dirigidos al Consejo de Ministros, y la actividad coordinadora se traduce en actuaciones que deben realizar los distintos órganos que lo integran. En definitiva se puede afirmar que realizan funciones consultivas, preparatorias y activas o ejecutivas. Su creación corresponde, conforme al dispositivo citado, al Presidente de la República.

Están integrados por los Ministros y las autoridades de los órganos rectores de los sistemas de apoyo técnico y logístico del sector corres-

pondiente, es decir, tienen una composición rígida, pues en el decreto de creación se identifican a todos los integrantes, lo que impide la incorporación de cualquier otro que no aparezca en el decreto de creación. El Presidente de la República designará a un Ministro coordinador de cada Gabinete Sectorial, pero eventualmente puede designar para ejercer tal rol al Vicepresidente Ejecutivo. La asistencia de los Ministros es obligatoria, pero pueden delegarla en los Viceministros. Hay que aclarar que no se trata de una delegación de funciones, sino más bien de una especie de suplencia, pues el Viceministro cubre las ausencias temporales o accidentales del Ministro, pues éste debido a la naturaleza e importancia de las funciones de los gabinetes sectoriales, no podría autorizar ("delegar") al Viceministro para que asistiese permanentemente al Gabinete Sectorial, del cual el Ministro es integrante por voluntad de la Ley, pues de esa manera se desnaturalizaría una de las funciones esenciales de los Ministros. Hay que recordar que la LOAC derogada, en su artículo 30, prohibía categóricamente la delegación de su asistencia en otros funcionarios por parte de los integrantes de los Gabinetes Sectoriales.

Por otra parte, el artículo 68 cuando regula la integración de estos Gabinetes se refiere a los ministros o ministras, sin hacer distinción alguna entre ministros con despacho y ministros de Estado, razón por la cual estos Ministros también pueden integrar este tipo de órganos, sólo que como carecen de competencia material, y en términos generales los Gabinetes Sectoriales, como su nombre lo indica, se crean teniendo como eje articulador sectores generales que obedecen a la afinidad de las materias que atienden los diversos ministros, no son ubicables atendiendo a ese criterio; luego corresponde al Presidente de la República en uso de sus potestades discrecionales asignarlos a los Gabinetes que crea conveniente.

11.2.5.7.2. **Funcionamiento de los Gabinetes Sectoriales.** De conformidad con el artículo 69 de la LOAP el funcionamiento de los Gabinetes Sectoriales debe ser regulado por un Reglamento que dictará el Ejecutivo Nacional. Sin embargo, en ese mismo artículo el mencionado

texto legislativo establece claramente que de los asuntos tratados en los Gabinetes Sectoriales deberá informarse al Consejo de Ministros, pero este órgano únicamente conocerá y discutirá aquellos que de conformidad con la Constitución y las leyes, sean de la competencia del Presidente en Consejo de Ministros. En todo caso el aludido Reglamento de funcionamiento desarrollará los mencionados preceptos de la LOAP, especialmente en aspectos tan relevantes como el número de Gabinetes Sectoriales y sus correspondientes denominaciones, el mecanismo de información de los asuntos tratados al Consejo de Ministros, la modalidad de coordinación, en caso de ejercer funciones de esta naturaleza, la determinación del órgano u órganos coordinados a quien o a quienes corresponde la ejecución de los asuntos que resulten de la coordinación; el régimen específico de funcionamiento, en su carácter de órgano colegiado: la convocatoria, la preparación de la Agenda, el quórum de funcionamiento, la mayoría requerida para adoptar las decisiones, las actas, el carácter reservado o no de algunas o de todas las actas y decisiones, por ejemplo las que recaigan sobre materias que se correspondan con las atribuciones que por virtud de la Constitución o de las leyes, debe ejercer el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en razón de tener un carácter preparatorio.

Aunque no forma parte del funcionamiento de los Gabinetes Sectoriales, hay que destacar que el artículo 69, primer aparte de la LOAP, tal vez con la finalidad de racionalizar el trabajo del Presidente y los Ministros, buscando un mayor nivel de eficiencia y eficacia, establece que el Presidente de la República podrá autorizar a los Ministros Coordinadores de los Gabinetes Sectoriales, para que reciban la cuenta de los Ministros que lo integran, y a su vez los coordinadores le presenten la cuenta al Presidente de la República o al Vicepresidente Ejecutivo. Esta norma que ciertamente tiende a una mejor distribución del trabajo, puede conducir a que algunos Ministros, órganos directos del Presidente de la República, pierdan ese contacto personal institucional, que significa la presentación periódica de la cuenta, con el Presidente o Vicepresidente Ejecutivo, lo que podría, si la situación es permanente, comportar cierto

desajuste en el funcionamiento del Ejecutivo Nacional, pues no luciría muy ajustado a los cánones de una buena gerencia administrativa o política, que por ejemplo el Presidente de la República no le reciba ni una sola cuenta a varios Ministros (los que integran los Gabinetes Sectoriales en el curso de seis meses o un año). Inclusive habría que reflexionar si una situación como ésa, resultaría compatible con la regulación constitucional de los Ministros.

11.2.5.8. **Los Gabinetes Ministeriales.** Estos órganos constituyen una innovación de la LOAP, y al parecer la idea es reunir en un órgano colegiado al Ministro y a "sus" (sic) Viceministros, con la finalidad de ejercer en forma exclusiva y excluyente las funciones de " planificación y coordinación estratégica del ministerio y la rectoría de las políticas públicas del sector cuya competencia le está atribuida" (art. 63). A primera vista la disposición se inscribe dentro de las líneas de la gerencia moderna que privilegia en organizaciones complejas, como es el caso de los ministerios, el trabajo en equipo e interdisciplinario, sobre todo cuando de lo que se trata fundamentalmente es de formular y evaluar políticas; de allí que la innovación normativa en este contexto parezca adecuada a los nuevos tiempos y en consecuencia positiva.

Sin embargo, desde el punto de vista formal jurídico el dispositivo pone en evidencia una seria contradicción, tanto desde el punto de vista conceptual como jurídico, pues no cabe duda que a la luz de la Constitución el Ministro es el máximo jefe de la organización ministerial, pero si existiera alguna duda al respecto, la propia LOAP en el artículo anterior (62), le otorga ese carácter al estatuir que la suprema dirección del Ministerio corresponde al Ministro, quien la ejercerá con la inmediata colaboración de los Viceministros y de los órganos de apoyo ministerial. Obsérvese que los Viceministros son órganos de colaboración, pero la suprema dirección es atribuida, en consonancia con la Constitución y con el principio general de jerarquía consagrado en el articulo 28 de la LOAP, al Ministro.

Ahora bien, la contradicción se configura cuando el dispositivo bajo examen atribuye la planificación, coordinación estratégica, y la rectoría de las políticas públicas del sector, las cuales sin dudas son funciones que se inscriben dentro de la más general relativa a la "suprema dirección del Ministerio", a un órgano colegiado integrado por el Ministro y por los –no sus– Viceministros, ciertamente presidido por el primero, pero en el que se encuentra en franca minoría. Luego, al aplicar las reglas que rigen el funcionamiento de este tipo de órganos colegiados, perfectamente la suprema dirección puede quedar alienada al Gabinete Ministerial, aun contra la voluntad del Ministro, que dicho sea de paso no es la privilegiada constitucionalmente del Presidente en Consejo de Ministros.

Hay que resaltar que desde el punto de vista jurídico no vale el argumento sociológico que pareciera subyacer a la disposición jurídica, al pretender establecer una especie de nexo de pertenencia entre el Ministro y "sus" (sic) Viceministros, porque aun con la redacción de ese precepto, dado el carácter de funcionarios públicos de éstos, están obligados a tener presente la obligación que establece el artículo 148 de la Constitución, al estatuir que los funcionarios públicos **están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna**, por supuesto que la parcialidad alude, partidos, grupos o personas individuales, independientemente de la investidura que detenten. Además debe recordarse que los Viceministros son de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (art. 65). De allí, pues, que todo indica desde el punto de vista formal jurídico que el Gabinete Ministerial, a la luz del esquema normativo bajo examen, es un órgano superior al Ministro en lo tocante a las funciones antes enumeradas; y de allí también la contradicción señalada en el texto de esa ley, pero que puede ir más allá si se compara el referido dispositivo con el contexto de la Constitución que regula a los Ministros, originando una incompatibilidad entre la norma legal y la Carta Constitucional. Pero más allá de esa eventual inconstitucionalidad la norma, en determinadas situaciones políticas que suelen presentarse en el país, puede llegar a funcionar como una especie de camisa de fuerza para el Ministro.

Pero si nuestra tesis anterior pudiera ser sometida a cuestionamiento, invocando su carácter formalista, el mismo artículo 63, primer aparte, refuerza de tal manera el carácter de órgano superior al Ministro en los términos expuestos de los Gabinetes Ministeriales, que sin dudas el aludido cuestionamiento queda desvirtuado. Dicho esquema normativo preceptúa "**Los gabinetes ministeriales ejercerán la alta dirección del ministerio y les corresponderá aprobar previamente las resoluciones ministeriales**". Efectivamente, la sola lectura del mismo, revela esta vez, a diferencia del encabezamiento, en términos por lo demás concretos y notorios, que los órganos colegiados bajo examen son superiores al Ministro, no sólo porque ejerzan la **alta dirección del Ministerio**, sino porque, pese a que la Ley los califica de órganos de consulta, son realmente de administración activa, y les corresponde **aprobar previamente todas las resoluciones del Ministerio**, independientemente de su complejidad, de su importancia, o de su carácter individual o normativo.

Pese a la buena voluntad de consagrar un órgano colegiado que refleje el espíritu de equipo que debe privar en las organizaciones públicas, que pudo haber signado la intención de los legisladores, el análisis anterior demuestra que en realidad se le puso una verdadera "camisa de fuerza" a los Ministros, al convertirlos en subordinados de los Gabinetes Ministeriales, contrariando de esa manera –insistimos – dos disposiciones de la LOAP, y a la propia Constitución.

Finalmente, el esquema normativo bajo análisis coloca al lado de los Gabinetes Ministeriales, como auxiliar de los mismos, una especie de órgano técnico que denomina " unidad estratégica de seguimiento y evaluación de políticas públicas", como su nombre lo indica, encargada de evaluar la ejecución y el impacto de las políticas públicas que estén bajo la responsabilidad de los ministerios, y someter el resultado de sus estudios a la consideración del Gabinete Ministerial para que este adopte las decisiones a que haya lugar.

En suma, la creación de los gabinetes ministeriales, si bien luce a primera vista positiva desde el punto de vista de la gerencia pública, en realidad encierra un conjunto de contradicciones con otros dispositivos de la propia LOAP. Así, en primer lugar, pese a que en el artículo 63 son calificados como órganos superiores de **consulta** de la Administración Central, cuando se examina las funciones que se le atribuyen, queda demostrado que se trata de un **órgano de administración activa**; y en segundo lugar, es erigido en un órgano superior al Ministro, cuando este de conformidad con la Ley, y la propia Constitución es el jefe supremo del Departamento Ministerial. De allí que ese dispositivo requiere a corto plazo una modificación con la finalidad de convertir a los Gabinetes Ministeriales en verdaderos órganos consultivos.

11.3. **Otros órganos de la Administración Central.** La LOAP contempla otros órganos, a los que no califica, pero que al no estar incluidos dentro de los superiores, es evidente que no forman parte de esa categoría, motivo por el cual los hemos ubicado en la clase residual de "otros". Esos órganos son los Consejos Nacionales (art. 70) los Comisionados y Comisiones Presidenciales e Interministeriales (art. 71), las "Autoridades únicas" (art. 72), las Oficinas Nacionales (art. 75) y los Servicios autónomos sin personalidad jurídica (art. 92). Algunos de estos órganos son predominantemente de administración activa, otros revisten carácter predominantemente consultivo, y otros ejercen simultáneamente funciones consultivas y activas.

11.3.1. **Los Comisionados y Comisiones Presidenciales e Interministeriales.**

11.3.1.1. **Naturaleza e integración.** De conformidad con el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Presidente de la República podrá designar Comisionados y crear Comisiones Presidenciales e Interministeriales, permanentes o temporales, integradas por funcionarios públicos u otras personas representativas de diversos sectores de la vida nacional, para el examen y consideración en la materia que se determine

en el Decreto de creación. Ambos tipos de Comisiones también podrán tener por objeto la coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos Ministerios. La determinación de quién de los miembros deberá presidir estos órganos se hará en el correspondiente decreto de creación.

En realidad estas disposiciones repiten las de la LOAC derogada, y al igual que las de ese texto legislativo, tipifican a estos órganos como de naturaleza esencialmente consultiva, aun cuando se les asigne la coordinación de criterios y el examen conjunto de materias asignadas a diversos Ministerios, como se establece en el único aparte del artículo 71 de la LOAP, pues en todo caso el resultado de dicha actividad se traducirá en la emanación de conclusiones y recomendaciones que deberán ser elevadas ante el Presidente de la República, quien podrá acogerlas o no, pues como es lógico, esas conclusiones y recomendaciones no son vinculantes para aquél.

Cuando las Comisiones estén integradas por representantes de varios Ministerios serán interministeriales; en cambio, serán Presidenciales cuando el Presidente de la República designe a sus integrantes sin tomar en cuenta su pertenencia o no a Ministerio o ente público alguno, pudiendo formar parte de las mismas representantes de los diversos sectores de la vida nacional, claro está, atendiendo a la materia que será objeto de examen por parte de la Comisión. Así por ejemplo, si es de naturaleza laboral, es casi lógico que estén representaciones patronales y sindicales. En todo caso será el Reglamento de la LOAP el que determine el método de integración de la representación de los sectores organizados económicos, laborales, sociales y culturales en dichas Comisiones.

11.3.1.2. **Funcionamiento.** La tendencia predominante en el Derecho venezolano se orienta por la temporalidad de las Comisiones; por tanto, sus funciones durarán hasta tanto cumplan el cometido que les ha sido asignado, pero nada obsta, como bien lo establece el artículo 71 de la LOAP, para que se les otorgue carácter permanente. En todo caso,

corresponderá al Presidente de la República apreciar discrecionalmente el carácter que otorgará a cada Comisión que decida crear. Como se dijo anteriormente, en el Decreto de creación se determinará a quien corresponderá ejercer la presidencia de las Comisiones. Sus conclusiones y recomendaciones tendrán que ser adoptadas por mayoría absoluta de votos, conforme a lo preceptuado en el citado artículo 71 de la LOAP, y aunque este dispositivo no especifica, es dable pensar que se trata de los integrantes, que es la regla, pues si fuera de los presentes, por ser la excepción en el funcionamiento de los órganos colegiados, tendría que decirlo expresamente la Ley.

Como su nombre lo indica los **Comisionados Presidenciales** son órganos unipersonales que cumplen desde esa perspectiva funciones iguales a las asignadas a los órganos colegiados antes examinados, es decir, examinar y considerar la materia que se determine en el decreto de creación, siendo esa la única función que la LOAP en su artículo 71 les atribuye, pues a diferencia de las Comisiones, no les asigna la función coordinadora, lo que resulta, en nuestro criterio, un error que quizás se deba a que estos órganos fueron regulados en un solo artículo conjuntamente con las Comisiones Presidenciales y las Comisiones Interministeriales, sin que en ese dispositivo se hicieran las debidas precisiones para el caso del órgano unipersonal. El error consiste precisamente en no haberse percatado los legisladores que la función fundamental de un Comisionado Presidencial, dado que es un órgano unipersonal, radica en la coordinación, pero no de criterios, como la que se atribuye solamente a las Comisiones, sino de **actividades** de diversos órganos y entes, para atender conjuntamente necesidades en determinados sectores, áreas o programas.

Ha de advertirse que esa fue la función que desde la original Ley Orgánica de la Administración Central, así como en sus sucesivas modificaciones, incluyendo la de 1999, siempre se le atribuyó a los Comisionados Presidenciales. Por tanto, parecía que la Ley condicionaba la designación de estos órganos a la existencia de la situación de hecho

descrita en la norma, esto es, la presencia de varios órganos y entes que concurrían en el ejercicio de una o varias competencias en determinados sectores, áreas o programas. Precisamente la función del Comisionado Presidencial era de la COORDINAR, esto es, darle coherencia y unidad a la gestión de todos los entes y órganos en la búsqueda de un objetivo común, con la finalidad de optimizar la función pública en un determinado sector, programa o área.

Dada la dispersión de la Administración Pública Nacional, en la cual concurren diversos entes y órganos en la atención de determinadas necesidades públicas, resultaba acertada la previsión de la LOAC, puesto que permitía al Presidente de la República, como máximo Jefe de esa Administración, intentar darle coherencia y unidad, mediante la figura de la coordinación, a la ejecución de las políticas de esos entes y órganos.

Pues bien, en vista de que los Comisionados Presidenciales, a la luz del artículo 71 de la LOAP, la única competencia que tienen atribuida radica en " el examen y consideración en la materia que se determine en el decreto de creación", y por ende, están excluidos del ejercicio de la función coordinadora, debe concluirse que en el marco de esa concepción son órganos absolutamente innecesarios a los fines de optimizar el funcionamiento de la Administración Central, y seguramente ahora con mayor razón, podrán ser utilizados como mecanismos de clientelismo político con la finalidad de privilegiar las posiciones de algunos allegados al Presidente de la República, o al partido gobernante, en virtud de que resulta muy fácil designar a una persona para que "estudie y considere" la materia que el Presidente de la República discrecionalmente señale en el decreto de creación. Por supuesto que para cumplir ese cometido, independientemente de la materia que deba ser examinada y considerada, no se requiere el nombramiento de Comisionados Presidenciales.

11.3.2. **Los Consejos Nacionales.** Antes que todo es preciso señalar que hasta el año 1999, el Presidente de la República creaba Consejos Nacionales que respondían al mismo criterio de creación de las

Comisiones Presidenciales, inclusive su fundamentación jurídica reposaba en los artículos 7º y 8º de la LOAC que estuvo vigente hasta el mencionado año, que era la que contemplada a las aludidas Comisiones. Ahora bien, en la reforma del año 1999, se introdujo un artículo aparte en el cual fueron regulados especialmente los Consejos Nacionales, razón por la cual se intentó diferenciarlos de las Comisiones Presidenciales. La Ley Orgánica de la Administración Pública sancionada en el mes de septiembre de 2001, en su artículo 70 se limitó a repetir textualmente el artículo 32 de la LOAC derogada, y el mismo preceptúa:

> *"El Presidente o Presidenta de la República podrá crear Consejos Nacionales con carácter permanente o temporal, integrados por autoridades públicas y personas representativas de la sociedad para la consulta de políticas públicas sectoriales que determine el decreto de creación.*
>
> *El decreto de creación respectivo determinará la integración de la representación de los sectores organizados económicos, laborales, sociales y culturales y de cualquier otra índole, en cada uno de estos Consejos Nacionales".*

La lectura del dispositivo transcrito permite colegir que los Consejos Nacionales son órganos colegiados de naturaleza consultiva, integrados por representantes de los sectores públicos y privados, con la particularidad que su actividad estará centrada en el examen de políticas públicas sectoriales, verbigracia vivienda, educación, empleo, seguridad social, etc., a los efectos de emanar su dictamen o recomendación, el cual en ningún caso tendrá carácter vinculante. En el decreto de creación se determinará si el Consejo Nacional tendrá carácter permanente o temporal, e igualmente deberán señalarse las políticas públicas sobre las cuales deberá emanar su dictamen, recomendación o proposición.

Estos Consejos revisten carácter nacional, en primer lugar, porque las políticas públicas que deben estudiar deben estar vinculadas a la

tutela de intereses nacionales; y en segundo lugar, porque en la integración de dichos órganos debe privar un criterio amplio, que permita reunir a autoridades públicas, con representantes del más amplio espectro de la sociedad organizada, más concretamente, como dice el artículo 75 de la LOAP de los sectores económicos, laborales, sociales, culturales, y de cualquier otra índole, lógicamente atendiendo la clase de política pública que deban estudiar.

De modo, pues, que todos los Consejos Nacionales deben evidenciar en su integración la participación de la ciudadanía, correspondiendo a los respectivos decretos de creación determinar, en cada caso, en primer lugar los sectores de la sociedad organizada que deberán participar, y el peso cualitativo o cuantitativo de esa participación, traducido en el número de integrantes, o en la selección del Presidente o Coordinador del Consejo Nacional. Por consiguiente, no podrá crearse ningún órgano de esta clase sino aparece integrado por los mencionados representantes de la sociedad organizada.

Ahora bien, resulta muy importante señalar que en la Administración Pública existen otros órganos, en principio de naturaleza consultiva, denominados igualmente Consejos, pero **creados por Ley**, como por ejemplo, el Consejo Bancario Nacional, previsto en el artículo 134 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Consejo Superior de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, previsto en el artículo 176 ejusdem, el Consejo Nacional de Universidades contemplado en el artículo 18 de la Ley de Universidades, y el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa (art. 7º de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa). Por supuesto, que nada obsta para que las leyes sigan creando Consejos Nacionales, pero en ese caso no será requisito indispensable para la validez de su creación la participación de representantes de sectores de la sociedad en los términos indicados en la LOAP, razón por la cual pueden ser integrados exclusivamente con representantes de órganos administrativos o entes públicos, pero igualmente pueden ser integrados también por representantes de algunos o todos los secto-

res mencionados en la LOAP, como ocurrió recientemente con el **Consejo Nacional de Estadística**, creado por el Decreto ley de la Función Pública de Estadística, en el cual conforme al artículo 39 de dicho texto legislativo, están representadas "las organizaciones e instituciones sociales, económicas y académicas, junto a los representantes de las ramas del Poder Público Nacional".

Antes afirmamos que en principio los Consejos Nacionales tienen naturaleza consultiva, porque en general es así, pero a la vez a algunos de ellos se les confieren además funciones de administración activa, como las señaladas al Consejo Nacional de Universidades en el artículo 20 de la Ley de Universidades.

Por otro lado, es necesario subrayar que existen otros Consejos que tienen carácter nacional, que en lugar de órganos como los que estamos examinando, en realidad son entes públicos, creados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución derogada –hoy 142 de la vigente-; por tanto, se trata de Institutos Autónomos, o entes de la Administración Descentralizada funcionalmente, entre los cuales podemos citar al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT), previsto en la Ley del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas; el Consejo Nacional de la Cultura (CONAC), contemplado en la Ley del Consejo Nacional de Cultura. Reiteramos que estos Consejos son personas jurídicas de derecho público que lógicamente requieren para su actuación de órganos, pero pese a ello, no deben confundirse con los Consejos creados de conformidad con el artículo 70 de la LOAP, ni con los que son creados como órganos por una ley.

Finalmente, cabe advertir que en la Constitución de 1999 también son creados algunos Consejos, que también tienen carácter nacional, casi todos con carácter consultivo, pero diferentes en virtud de su rango a todas las clases antes mencionadas, entre los cuales destacan el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, el Consejo Moral Repu-

blicano y el Consejo Nacional Electoral. En suma, atendiendo a los razonamientos anteriores deben diferenciarse los **Consejos Nacionales**, concebidos como órganos consultivos por la LOAP, de los Consejos Nacionales, conceptuados como órganos en distintas leyes, de los Consejos Nacionales, creados mediante ley (entes públicos), y de los Consejos Nacionales creados por la Constitución.

11.3.3. **Las Autoridades únicas.**

11.3.3.1. **Premisa Introductoria.** Estos órganos aparecen en la primera Ley Orgánica de la Administración Central y se han mantenido en las sucesivas reformas, bajo la denominación de **autoridades únicas de áreas**. En la reforma de 1999 fueron reguladas en un artículo aparte, pues anteriormente eran disciplinadas conjuntamente con los Comisionados Presidenciales. En la novísima LOAP, que continúa la tendencia legislativa de la Quinta República, siguiendo modelos extranjeros, bastante positiva cuando resulta acertada, de colocarle denominación a cada disposición que integra la Ley, dicha denominación en el Proyecto era " **Autoridades únicas regionales**", y el artículo con el cual se correspondía (72) –repetición textual del 35 de la LOAC derogada– fue aprobado sin ninguna modificación en los siguientes términos:

> *"El Presidente o Presidenta de la República podrá designar autoridades únicas de áreas o de región para el desarrollo de territorios o programas regionales, con las atribuciones que determinen las disposiciones legales sobre la materia y los decretos que las crearen".*

Pese a que el dispositivo resultó aprobado sin ninguna modificación, cabe señalar a título anecdótico que cuando una Diputada expresó sus dudas por la incidencia que podría tener la creación de este tipo de órganos sobre el proceso de descentralización, y aludió al posible solapamiento o conflicto de competencias que podía suscitarse entre estas Autoridades y los Gobernadores y los Alcaldes. El Diputado que había

coordinado la Comisión que examinó el Proyecto, solicitó la palabra y expuso:

> *"... para aclarar el propósito de esta norma y aclarar la autoridad única (sic). Esto tiene que ver con hechos que suceden en el país y que el Presidente tiene la potestad de designar a una persona o a un ente que coordine una actividad específica. En el caso ocurrido en Vargas en el Estado Barinas. Ese es el espíritu, es coordinar, no invadir una competencia regional, o municipal o estadal".*

Pues bien, así fue "aclarado" el espíritu de la norma que aprobó la Asamblea Nacional, la cual por cierto tenía más de veinte años figurando en las diversas leyes de la Administración Central, y desde aproximadamente ese mismo tiempo viene siendo aplicada con éxito relativo en el país, pero al parecer algunos diputados, por sus intervenciones desconocían esa situación.

La otra situación, sin dudas también anecdótica, tiene que ver con la denominación del dispositivo aprobado, pues como ya dijimos en el Proyecto era la de "Autoridades únicas regionales", pero como el texto alude a autoridades únicas de áreas y regionales, un diputado se le ocurrió la idea de denominar la disposición **"Autoridades únicas"**, a secas, y así resultó aprobada. Afortunadamente en el uso de esa nueva técnica legislativa la denominación del dispositivo tiene más un sentido pedagógico que hermenéutico, y en caso de contradicción entre el nombre y el texto, lógicamente debe privar este último, de tal manera que la innovadora proposición aprobada, no afecta para nada la "ratio" de la norma.

11.3.3.2. **Definición, naturaleza, creación y finalidades.** Antes de iniciar este acápite debemos señalar que la aproximación a las Autoridades Únicas de Áreas, las cuales siempre han estado reguladas en la misma forma, mediante una remisión a las disposiciones legales vigentes,

ha conducido a la necesaria concordancia del dispositivo de la LOAC, y ahora de la LOAP, con los artículos 58, 59 y 60 de la aún vigente Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOPOT), y producto de esa concordancia es posible definirlas como órganos desconcentrados regionalmente de la Administración Central, creados por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, con el carácter de Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, para "desarrollar planes y programas específicos de ordenación del territorio cuya complejidad funcional, por la intervención de varios organismos del sector público o por la cantidad de recursos comprometidos en su desarrollo, así lo requieren" (art. 58 LOPOT). Si se quiere precisar aún más la definición, debe acudirse a la LOAP, y en ese orden de ideas puede decirse que la función de las autoridades únicas de áreas es el "desarrollo de territorios o programas regionales". El Decreto Presidencial de creación especificará, teniendo en cuenta las características del área que se pretende desarrollar, las finalidades que en forma general se señalan en el artículo 58 de la LOPOT, pues es evidente que los fines específicos variarán, por ejemplo de una área agrícola, a una pesquera, o a una minera, o de una región a otra.

Ahora bien, al crear la Autoridad Única de Área se define su circunscripción administrativa, mediante la delimitación por accidentes físicos-naturales y puntos definidos por coordenadas UTM (Universal Transversa de Mercator). Como es dable imaginarse esa circunscripción no necesariamente debe estar localizada en la jurisdicción de un único Estado, pues en la mayoría de los casos abarca Municipios de dos o más Entidades Federales, como ocurre, por ejemplo, con la Autoridad Única de Área para el Desarrollo de la Cuenca del Unare, que se extiende a los Estados Guárico, Monagas y Anzoátegui, y la Autoridad Única de Área para el Desarrollo Agrícola del Sur del Lago de Maracaibo, que abarca Municipios de los Estados Zulia, Táchira y Mérida.

11.3.3.3. **Atribuciones.** Corresponde a las Autoridades Únicas de Área, conforme a lo preceptuado en el artículo 60 de la LOPOT, la planificación, programación, coordinación, ejecución y control de los

planes y programas para la ordenación del territorio, requeridos para el desarrollo integral del Área o Programa de su competencia. El fin último es lograr la ejecución del Plan Sectorial de Desarrollo del Área o programa regional, para lo cual deberá impartir las directrices a los organismos del sector público comprometidos con el mismo, controlar su cumplimiento, promover empresas dentro del Área conforme a los objetivos del Plan; fomentar la participación de la colectividad para el logro de dichos objetivos; celebrar convenios con particulares, por órgano del Ministerio correspondiente, con la finalidad de lograr el financiamiento y ejecución del Plan; coordinar los programas de construcción de obras e infraestructura territorial y otras actividades inherentes al desarrollo del Área según las previsiones del Plan y; las demás que le asigne el Presidente de la República en Consejo de Ministros, siempre dentro de los lineamientos del referido Plan. Hemos transcrito las anteriores atribuciones que aparecen asignadas a la Autoridad Única de Área para el Desarrollo Agrícola de la Cuenca del Unare, porque constituyen un ejemplo de desagregación de la atribución general de estos órganos contemplada en el artículo 60 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, pues las Normas de creación de estos órganos que hemos revisado, presentan la misma orientación.

11.3.3.4. **Estructura organizativa y autonomía.** Como se expresó precedentemente, las Autoridades Únicas de Áreas son órganos de administración activa, con carácter de Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, que están a cargo de un funcionario con rango de Director General, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, pero dependiente jerárquicamente del Ministerio que señale aquél en el Decreto de creación. Estará dotada de autonomía de gestión, presupuestaria y financiera (art. 59 de la LOPOT). La primera comprende la programación, coordinación y control técnico de los proyectos y programas que deben desarrollarse. La autonomía financiera y presupuestaria está referida a la facultad de obtener y reinvertir los ingresos provenientes de los servicios que preste.

De otra parte, en el Decreto de creación se deben instituir los organismos interministeriales o intersectoriales que sean necesarios para asegurar la participación de todos los órganos administrativos y entes públicos involucrados en el desarrollo del Área (art. 60 de la LOPOT). A tal fin en las normas creadoras de este tipo de órganos se suele disponer que la Autoridad Única de Área contará con un Consejo Intersectorial, integrado por sendos representantes de cada uno de los organismos del sector público (nacionales, estadales y municipales), que tienen participación en la ejecución del Plan Sectorial de Desarrollo.

Ese Consejo Intersectorial está presidido por el Director General de la Autoridad Única de Área, y tiene una naturaleza esencialmente consultiva, en virtud de que sus atribuciones se limitan a formular proposiciones y recomendaciones que por no tener carácter vinculante, pueden ser o no incorporadas al Plan de Desarrollo del Área. En el referido Decreto, dado el carácter del órgano bajo examen, se suele estatuir que sus reuniones ordinarias se realizarán con una periodicidad no inferior a tres meses, y las extraordinarias cuando las convoque el Director General, o la convocatoria sea solicitada por un número de miembros que varía según el número total de sus integrantes.

Para el cumplimiento de sus fines la Autoridad Única de Área cuenta con los aportes que le sean asignados en la Ley de Presupuesto, las asignaciones que sean acordadas por los Estados y los Municipios y los ingresos que obtenga por la prestación de sus servicios. Dichos recursos serán destinados única y exclusivamente a la inversión en los programas que desarrolle la Autoridad Única de Área, pero el Ministro correspondiente tiene la facultad de ordenar que las cantidades no destinadas a dicho financiamiento reviertan al Tesoro Nacional.

11.3.3.5. **La posible incompatibilidad de las "autoridades únicas" con el proceso de descentralización regulado en la Constitución de 1999.** Después de realizar el análisis anterior, basado exclusivamente en la norma de la LOAP y las tres normas de la LOPOT, no podemos

menos que advertir que la repetición mecánica por la Ley Orgánica de la Administración Pública de la norma única de la LOAC que consagraba tradicionalmente a las autoridades únicas áreas, cuyo origen se remonta a la primera Ley dictada en esta materia, puede llegar a suscitar serios problemas interpretativos. En efecto, si esa normativa pudo haber sido suficiente, en virtud de que las autoridades únicas de áreas surgen normativamente en el marco de la centralización administrativa que caracterizaba al país en el año 1976, cuando se dicta la primera Ley Orgánica de la Administración Central, todo indica que no puede mantenerse esa misma tesis, después de la sanción de la Constitución de 1999, que define a Venezuela como un Estado Federal **descentralizado**.

Pues bien, ante un nuevo ordenamiento constitucional, con las características indicadas, y con expresas disposiciones destinadas a la ineludible aplicación del modelo "federal descentralizado", parecía casi indispensable, si se pretendía mantener en el año 2001 a las autoridades de áreas en la estructura de la Administración Central, "repensarlas", y una vez realizada la correspondiente reflexión, acerca de la pertinencia de su mantenimiento, para lo cual debía tenerse muy en cuenta, como en términos dubitativos, fueron expresados por la Diputada antes mencionada, durante la segunda discusión de la LOAP, la necesaria compatibilidad de estos órganos de la Administración Central, que requieren para su funcionamiento y logro de sus fines, como hemos visto, la participación en términos presupuestarios y de gestión de órganos municipales y estadales, con el nuevo proceso de descentralización que impone el texto constitucional, a partir de la aplicación de las leyes de bases y de las leyes de desarrollo previstas en su artículo 165, así como de las leyes especiales estadales que por obra de ese mismo precepto constitucional regularán la descentralización de los Estados a los Municipios.

Por consiguiente, esa compatibilización era requerida, en primer lugar, para determinar la pertinencia de las autoridades únicas de área en la estructura de la Administración Central, y en segundo lugar, dicha compatibilización, dado lo complejo del tema, exigía de manera impre-

termitible que la LOAP contuviera el mayor desarrollo normativo posible sobre las autoridades únicas de área, e inclusive no sería descabellado pensar que estos órganos deberían estar presididos por una nueva concepción. De allí que limitarse a repetir el texto anterior, en la forma por demás escueta (un solo artículo que dice poco), los legisladores parecieron ignorar el aludido aspecto del nuevo ordenamiento constitucional. Por tanto, no debe extrañar que a corto plazo se presenten conflictos entre los Estados y los Municipios con la República, derivados de la creación y funcionamiento de autoridades únicas de áreas, presididas por la misma concepción que privaba durante la vigencia de la Constitución de 1961, sobre todo cuando se inicie y perfeccione el nuevo proceso de descentralización.

11.3.4. **Las Oficinas Nacionales.** Estos órganos que sustituyen a las denominadas Oficinas Centrales de la Presidencia de la República, que hasta el Decreto ley de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central de 1999 ejercían funciones de administración consultiva y activa, son incluidos por primera vez en el mencionado instrumento normativo, concebidos como órganos desconcentrados de la Administración Central, cuya creación estaba condicionada a que fueren requeridos para operar los sistemas de apoyo administrativo a la Administración Central. En cambio en la nueva LOAP son calificados como **órganos auxiliares** de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional en la aprobación y formulación de las políticas institucionales respectivas; además son erigidos como órganos rectores de los sistemas que les estén asignados, que comprenden los correspondientes órganos de apoyo técnico logístico institucional de la Administración Pública Nacional (art. 75).

La nueva regulación se diferencia de la anterior, en primer lugar, porque su creación por el Presidente de la República no está sujeta o condicionada a que sean necesarios para operar los sistemas administrativos de la Administración Central, por el contrario su creación obedece a la necesidad de erigirlos en órganos auxiliares de los órganos y

entes de la Administración Pública Nacional, tanto en la formulación como en la aprobación de políticas institucionales; en segundo lugar, porque en la ley derogada el auxilio era únicamente para los órganos de la Administración Central; en cambio, en la LOAP el carácter auxiliar se extiende además a los entes de la Administración Descentralizada funcionalmente.

Por otro lado, se mantiene, pero no como el motivo de su creación, el carácter de órganos rectores de los sistemas que les asignen, los cuales comprenden los órganos de apoyo técnico y logístico institucional, también de la Administración Pública Nacional, y no sólo de la Central. Quizás esta sea, realmente la función más importante de las Oficinas Nacionales creadas por el Presidente de la República, dado que los mencionados sistemas están previstos en los artículos 73 y 74 de la LOAP para brindar "asesoría estratégica y suministro de insumos institucionales a los órganos sustantivos (sic), garantizando las condiciones organizacionales necesarias para su adecuado funcionamiento y el logro de las metas y objetivos esperados por la Administración Pública Nacional".

Pues bien, estas Oficinas Nacionales en su carácter de órganos rectores de los mencionados sistemas de apoyo, tienen la potestad de fiscalizar y supervisar los órganos de dichos sistemas, razón por la cual tienen acceso a los expedientes, archivos, procedimientos y trámites administrativos, y a obtener cualquier tipo de información. También tendrán la potestad de evaluar la gestión de los referidos órganos, y ordenarles la corrección de las deficiencias que pudieren detectar, los cuales están obligados a realizar las mencionadas correcciones. Pero en caso de incumplimiento, la Oficina interpondrá una queja ante el Ministro o máximo jerarca del Ministerio o ente público, de cuya estructura administrativa forme parte el órgano que incumplió la orden. De esa queja deberá remitir copia al Vicepresidente Ejecutivo. De modo, pues, que los titulares de las Oficinas Nacionales ejercen una potestad jerárquica de carácter funcional, sobre todos los órganos de apoyo técnico y logístico institucional integrantes del sistema que le esté asignado.

Sin dudas que existe una estrecha vinculación entre los denominados sistemas de apoyo de la Administración Pública Nacional contemplados en términos generales en los artículos 73 y 74 de la LOAP, y las Oficinas Nacionales, pero que requieren urgentemente un desarrollo reglamentario, pues las pinceladas contenidas en los referidos artículos no permiten saber a ciencia cierta la concepción que privó en los legisladores al consagrar dichos sistemas. En ese orden de ideas conviene señalar a título de orientación que la primera vez que se intenta incluir en la Ley Orgánica de la Administración Central de 1999, a estos sistemas de apoyo privaba el criterio de que los mismos estarían integrados por "un órgano rector y por otras dependencias que estarían distribuidas a lo largo de la estructura administrativa. Cada sistema de apoyo conformaría una red, regulada por una ley especial o por un reglamento orgánico, según sea el caso, de manera que el Ejecutivo Nacional pueda disponer su estructura de acuerdo con la naturaleza del apoyo que deba brindar" (Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central).

Por cierto la Ley Orgánica de la Administración Central no llegó a incluir a los sistemas de apoyo, tal como aparecían en el Proyecto, que los definía, los enumeraba y además señalaba la competencia de cada uno de ellos, pues se limitó únicamente a enunciarlos; de allí pues, que resulte urgente la correspondiente reglamentación, la cual seguramente también desarrollará el dispositivo relativo a las Oficinas Nacionales, máxime si se tiene en cuenta que ya existen unos importantes órganos, por lo menos con la misma denominación, creados mediante ley, por ejemplo la Oficina Nacional de Presupuesto y la Oficina Nacional de Contabilidad Pública, creadas por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público en sus artículos 20 y 126, las cuales son órganos rectores de sus respectivos sistemas; por lo tanto, se impone un deslinde entre estas Oficinas Nacionales, creadas por ley que forman parte de la Administración Pública Nacional, y las Oficinas Nacionales que creará, conforme a la LOAP, el Presidente de la República mediante decreto, sin que sea mencionada la fórmula organizativa que utilizará en su creación (jerarquía, desconcentración).

11.3.5. **Los servicios autónomos sin personalidad jurídica**

11.3.5.1. **Antecedentes de los servicios autónomos sin personalidad jurídica.** Quizás los antecedentes más remotos de estos órganos puedan encontrarse en Venezuela en la creación de los denominados Fondos del Café y del Cacao en los primeros años de la década del 70, a los cuales, sin ningún fundamento normativo, se les dio esa categoría; pero tal vez por esa misma razón pronto se convirtieron en dos Institutos Autónomos, conforme a lo preceptuado en el artículo 230 de la Constitución vigente para la época. Nos atrevemos a pensar que en la creación de dichos Fondos se tuvo en cuenta el modelo de las denominadas "aziende autonome senza personalitá giuridica" del Derecho Italiano, las "cuales están constituidas por una masa patrimonial distinta del patrimonio del ente, y destinadas al logro de fines técnicos e industriales: su organización se desarrolla con una autonomía más o menos amplia. Tales "aziende" **son elementos estructurales de un Ministerio**, y carecen de personalidad jurídica" (LANDI y POTENZA,1974).

Igualmente la selección de esa forma de organización es determinada por la naturaleza técnico económica del servicio. En Italia son ejemplos de las mismas los servicios de trenes, de correos, telégrafos, etc. Suelen recibir además otras denominaciones doctrinales, tales como Fondos, Servicios, Administración, agregándole el término "autónomo", que es el que le proporciona la connotación conceptual a que aluden los mencionados autores. Es preciso advertir que estas "aziende" nacen en la década del cincuenta con la finalidad de lograr una gestión dinámica y eficiente de los intereses públicos que les tocaba tutelar, desvinculadas de la estructura organizativa de la Administración Central, pero por supuesto que sujetas al control de esa Administración. Ahora bien, la tendencia en el Derecho Italiano es a su desaparición, pues casi todas ellas han sido convertidas en sociedades anónimas, al punto que para el año 2000 sólo existían dos.

En esta breve reseña sobre los orígenes de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, cabe destacar que una vez convertidos los Fon-

dos del Café y del Cacao en Institutos Autónomos, se inició en el Congreso la discusión de tres importantes Proyectos de Leyes: Ley Orgánica de la Administración Central, Ley Orgánica de Régimen Presupuestario y Ley Orgánica de la Administración Descentralizada, siendo sancionados y convertidos en leyes los dos primeros en 1976, no pudiéndose aprobar el último, pese a que con posterioridad se presentaron otros proyectos, razón por la cual, como hemos repetido varias veces, nunca se llegó sancionar un instrumento legislativo que regulase a la Administración Descentralizada, hasta la sanción de la novísima LOAP. Lo cierto es que los tres proyectos avanzaban casi simultáneamente en el Parlamento, y en el de la Administración Descentralizada aparecían incluidos los servicios autónomos sin personalidad jurídica, siguiendo el modelo italiano, pues eran definirlos como **"órganos administrativos integrados en la jerarquía de un Ministerio**, carentes de personalidad jurídica, pero dotados de autonomía de gestión, financiera y presupuestaria, para realizar un cometido estatal".

Dando por cierto que la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada sería sancionada por el Congreso, los Legisladores al sancionar la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario de 1976, para guardar la debida armonía con el precepto de la otra Ley que daban como aprobada, establecieron en el artículo 14, numeral 5, una referencia a los servicios autónomos sin personalidad jurídica en los siguientes términos:

> *"No se podrá destinar específicamente el producto de ningún ramo de ingresos con el fin de atender el pago de determinados gastos.*
>
> ***Sólo podrán ser afectados para fines específicos los siguientes ingresos:***
>
> *1. Omissis*
>
> *5.Los que resulten de la gestión de los servicios autónomos, sin personalidad jurídica...".*

La lectura de la norma revela que ella adquiría sentido en tanto y en cuanto existiese en el Ordenamiento Jurídico otra que contemplase la creación de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, que en realidad no existía ni nunca llegó a existir hasta el año 1999, en virtud de que la Ley Orgánica de la Administración Descentralizada jamás llegó a ser sancionada.

Así la situación, no cabe duda de que la norma contenida en el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario (LORP) de 1976, que se ha mantenido en las sucesivas reformas de dicho texto legislativo, no pasaba hasta el año 1999, cuando se reforma la Ley Orgánica de la Administración Central, mediante Decreto ley, de ser una referencia incidental a los servicios autónomos sin personalidad jurídica, los cuales debían estar regulados sustantivamente en otra Ley. Pues bien, pese a la característica que presentaba la norma antes transcrita e identificada, el Ejecutivo Nacional comenzó después de 1976, al principio muy conservadoramente, a decretar la creación de Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, colocando su fundamentación jurídica en el citado dispositivo normativo. Poco a poco fue creciendo el número de estos órganos, pero a partir de 1990 se incrementó en una mayor proporción, lo que condujo a que el Presidente de la República dictara un Reglamento del artículo 14, que pasó a ser el 16, ordinal 5º, de la LORP. De esa manera se produjo un creciente y hasta alarmante número de estos servicios autónomos sin personalidad jurídica, contándose entre ellos algunos de gran importancia nacional, inclusive superior a la de cualquier Instituto Autónomo, como el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria (SENIAT), y el Ejecutivo ante ese fenómeno cuantitativo dictó un nuevo Reglamento de los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica, basado en el mencionado precepto de la LORP.

En 1999 el Ejecutivo reforma la LOAC incluye en la misma, como es lógico, estos órganos, ya que en realidad carecía de fundamento conceptual el intento de regularlos en el primer proyecto de Ley en la Administración Descentralizada, por cuanto al ser solamente órganos

administrativos, –sin personalidad jurídica–, y no entes, resultaba erróneo, desde el punto de vista conceptual, integrarlos a la referida rama de la Administración Pública Nacional, a la cual únicamente pueden pertenecer los segundos, esto es, los dotados de personalidad jurídica. Pues bien, el mencionado texto legislativo de 1999 prácticamente dedica el capítulo denominado "De la Desconcentración Administrativa", a regular los órganos bajo examen, pues de cinco artículos que lo integran, cuatro están destinados a establecer la disciplina general de estos servicios, en virtud de que norma su creación por parte del Presidente de la República, estatuye que dependerán jerárquicamente del Ministerio correspondiente, señala las previsiones que deberá contener el decreto de creación, pauta que el régimen de personal de los funcionarios que les presten servicios será el establecido en la Ley de Carrera Administrativa, pero que excepcionalmente el Presidente de la República podrá autorizar uno diferente, y atribuye la facultad al mismo Presidente de reestructurarlos o suprimirlos cuando no generen recursos financieros, o no cumplan con sus objetivos.

11.3.5.2. **Los servicios autónomos sin personalidad jurídica en la LOAP.**

11.3.5.2.1. **Definición.** Los servicios autónomos sin personalidad jurídica, son órganos desconcentrados, creados por el Presidente de la República, mediante reglamentos orgánicos, con la finalidad de prestar servicios públicos a cargo del Estado, los cuales les permitan obtener recursos propios, dotados de autonomía administrativa, presupuestaria, financiera y de gestión, sujetos al control jerárquico del Ministro, del Viceministro o del Jefe de la Oficina Nacional correspondiente. Esta definición que tiene un carácter meramente descriptivo, se deriva de los artículos 92, 93, y 94 de la LOAP.

11.3.5.2.2. **Análisis de la definición.**

11.3.5.2.2.1. **Creación y supresión (órgano competente, requisitos e instrumento normativo).** De conformidad con el artículo 92 de

la LOAP entra en la esfera de competencia del Presidente de la República crear servicios autónomos sin personalidad jurídica, mediante dos modalidades, a saber: a) creación mediante conversión de un órgano preexistente que forme parte de un Ministerio o de una Oficina Nacional. Este supuesto de hecho se configura cuando un órgano integrado en la estructura de un Ministerio, al cual conforme a la distribución competencial le corresponde prestar determinado servicio público, sujeto al pago de un precio por parte de los ciudadanos, verbigracia otorgar licencias de importación o de conducir, es convertido a los fines de optimizar la prestación del servicio, mediante la figura de la desconcentración en un servicio autónomo sin personalidad jurídica; b) creación "ex novo".

El presupuesto de hecho puede configurarse cuando se requiere de la prestación de un nuevo servicio público, susceptible de ser pagado por los usuarios, o bien de un servicio prestado por dos o más órganos diferentes, con las mismas características del indicado. En ese caso nace un nuevo órgano desconcentrado que bajo una modalidad que examinaremos más adelante se integra en la estructura organizativa de un Ministerio o de una Oficina Nacional. Hay que tener muy presente en la creación "ex novo" de esta clase de órganos, el denominado "principio de responsabilidad fiscal" contemplado en el artículo 17 de la LOAP.

Los requisitos para la creación de este tipo de órganos, por la vía de la conversión, o "ex novo", está condicionada legalmente por el hecho de que la prestación de servicios a cargo del Estado permita efectivamente **la captación de ingresos propios**, que puedan ser destinados al financiamiento del correspondiente servicio. De modo, pues, que la potestad presidencial tiene un carácter reglado, en virtud de que únicamente puede crear este tipo de órganos si está objetivamente demostrado, en primer lugar, que se trata de un servicios atribuido al Estado, y en segundo lugar, que la prestación del mismo efectivamente permita captar recursos en una proporción que contribuya significativamente a su funcionamiento. Por tal razón, no se ajustaría al precepto legal una deci-

sión presidencial que creare uno de estos órganos cuando esté claramente demostrado, inclusive prospectivamente, que los recursos recaudados nunca excederán un diez o un quince por ciento del monto requerido para su funcionamiento.

El instrumento jurídico idóneo para crear los servicios autónomos sin personalidad jurídica es el denominado **reglamento orgánico** previsto en los artículos 64 y 67 de la LOAP, dispositivos estos que en realidad aluden a los **reglamentos orgánicos de los respectivos ministerios**, que como sabe son en realidad reglamentos que ejecutan al citado instrumento legislativo, de carácter esencialmente organizativos, al punto que en nuestro criterio deberían tener esa denominación (organizativos) en lugar de orgánicos. En esa perspectiva argumental la regulación resulta congruente con la idea de que todo servicio autónomo sin personalidad jurídica debe integrarse en la estructura organizativa de un ministerio, de tal suerte que la única forma de crear uno de estos órganos será mediante la reforma del correspondiente reglamento orgánico, bien para transformar uno de los órganos de los ministerios, o bien para crear el nuevo órgano el cual quedará integrado al respectivo departamento ministerial.

Pero en cambio los aludidos preceptos no resultan congruentes con el dispositivo que prevé que los servicios autónomos puedan formar parte de la estructura organizativa de las Oficinas Nacionales, pues como observamos en el punto correspondiente, éstos son órganos auxiliares de los activos en la formulación y aprobación de las políticas institucionales, y rectores de los sistemas de apoyo que les estén asignados; por tanto, resulta bastante difícil comprender cómo estos órganos que son solamente prestatarios de servicios, pueden insertarse organizativamente en un sistema de apoyo de la Administración Pública Nacional, e igualmente cómo pueden en la prestación de esos específicos servicios, convertirse en órganos auxiliares de la Administración.

Por otra parte, tampoco resulta congruente con el resto de la normativa de la LOAP, la creación de estos servicios autónomos mediante

un reglamento orgánico de una Oficina Nacional, pues hemos dicho que este es el único instrumento normativo idóneo para que opere dicha creación, en virtud de que los artículos 64 y 67, únicos que se refieren a este tipo de reglamentos, son sumamente precisos al establecer que esos instrumentos normativos son dictados únicamente para regular **organizativamente a los ministerios**; de allí pues, que pese a la letra de la ley se dificulta la creación de un servicio autónomo sin personalidad jurídica mediante un eventual reglamento orgánico de una Oficina Nacional, y por ende, también se dificulta bastante la inserción de uno de estos órganos en una Oficina Nacional.

Para concluir este punto conviene recordar que durante la vigencia de la Constitución de 1961, e inclusive después de la reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central se admitía que los servicios autónomos también pudieran ser creados mediante ley, pero después de haber conferido la Constitución en el artículo 236, numeral 20, la potestad organizativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros, y haber encontrado desarrollo dicha potestad en la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública, resulta concluyente que los legisladores perdieron definitivamente esa facultad, la cual sólo puede ser ejercida por el Presidente de la República, mediante los reglamentos orgánicos respectivos. Inclusive hasta resulta dudoso que en una Ley se pueda ordenar, como ocurría antes, al Ejecutivo Nacional que cree, reestructure o suprima servicios autónomos sin personalidad jurídica. Así mismo, estimamos que el Ejecutivo Nacional, sin que ello comporte una violación legal, podría de oficio reestructurar y hasta suprimir un servicio autónomo que haya sido creado mediante ley, durante la vigencia de la Constitución de 1961, dado que la norma creadora habría sido afectada por una inconstitucionalidad sobrevenida, conforme a lo pautado en la disposición derogatoria **única** de la Constitución de 1999.

Por cuanto concierne a la **supresión** de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, es necesario precisar que la LOAP no establece un mecanismo específico para la supresión de los servicios autónomos

sin personalidad jurídica. Por tanto, debe regir el principio general válido para todos los órganos, contemplado en el artículo 16, numeral 3, de ese texto legislativo, concebido así: "**La supresión** o modificación de los órganos y entes administrativos se adoptará mediante actos que gocen de rango normativo igual o superior al de aquellos que determinaron su creación o última modificación". Desde luego que esa norma tiene que ser armonizada con el principio de competencia, máxime si la misma es consagrada constitucionalmente, como en el caso de la potestad organizativa, que conduce a darle un carácter exclusivo y excluyente, razón por la cual el órgano creado por el Presidente en Consejo de Ministros, únicamente podrá ser suprimido por éste acudiendo a un instrumento normativo de igual rango o superior, pero –insistimos– emanado del Ejecutivo Nacional. En esa óptica interpretativa hay que precisar que pareciera que el legislador reservó la creación y por ende, la supresión de los servicios autónomos sin personalidad jurídica, únicamente a los **reglamentos orgánicos**. O sea, solamente mediante esta categoría particularísima de reglamentos es posible suprimir a este tipo de órganos.

11.3.5.2.2.2. **Organización y gestión.** Conforme al artículo 92 de la LOAP los servicios autónomos sin personalidad jurídica dependerán jerárquicamente del Ministro, del Viceministro que determine el reglamento orgánico, o del Jefe de la Oficina Nacional, de ser el caso. En realidad se trata de utilizar en la creación de estos órganos la fórmula organizativa de la **desconcentración**, que como dijimos en la oportunidad correspondiente, es una modalidad de la centralización administrativa, que consiste en transferir competencias en forma permanente, mediante un instrumento normativo, a un órgano administrativo, que continúa siendo parte de otro órgano administrativo, bajo una relación de jerarquía particular; de allí que el citado precepto legal, se encarga de especificar la dependencia del servicio autónomo del titular del Ministerio, del Viceministro, o del titular de una Oficina Nacional.

Es necesario reiterar la tendencia que priva en muchos ordenamientos acerca del carácter relativo de la jerarquía administrativa, ex-

puesta precedentemente, que de alguna manera es acogida para el caso de la especial relación que se establece entre el Ministro y los servicios autónomos, concebidos como órganos desconcentrados, por el artículo 90, único aparte de la LOAP, el cual preceptúa:

> *" (...) El ministro o ministra o jefe o jefa de la oficina nacional ejercerá el* ***control jerárquico*** *sobre los órganos desconcentrados, en aquellas materias cuyas atribuciones de dirección no hayan sido transferidas, y ejercerá el control que especialmente se determine sobre el ejercicio de las atribuciones transferidas que establezca el decreto de desconcentración".*

Ciertamente el dispositivo transcrito refleja parcialmente la mencionada tendencia, puesto que hace una división en el control jerárquico que ejerce el Ministro, Viceministro o Jefe de la Oficina Nacional sobre el servicio autónomo, atendiendo al proceso de transferencia de competencias que constituye la base de la fórmula organizativa de la desconcentración, y que origina el referido servicio. En efecto, esa división consiste –debe entenderse que la fórmula opera cuando la creación se da mediante la conversión de un órgano de un Ministerio–, en que el órgano desconcentrado continúa ejerciendo unas funciones que ya venía ejerciendo como tal órgano ministerial, las cuales no les son transferidas en el reglamento, y en cambio existen otras funciones que sí les son transferidas, y son las que lo convierten en un órgano desconcentrado. Sobre dichas funciones también el jerarca ejercerá la potestad jerárquica, pero no en la forma ordinaria, como sí la ejerce en el caso de las funciones no transferidas, sino de manera especial, en otras palabras, atenuado, arbitrándose fórmulas que tienden a parecerse más a un control de tutela que a un control jerárquico. De todas maneras de conformidad con el artículo 94, numeral 4, en el Reglamento Orgánico deberán establecerse los mecanismos especiales de control a los cuales quedará sometido, entre ellos lógicamente estará el "especial control jerárquico" sobre el ejercicio de las funciones transferidas.

Debemos señalar que si bien el referido dispositivo normativo acoge la referida tendencia acerca del carácter relativo de la jerarquía administrativa, lo hace en una forma bastante complicada, que inclusive contradice la noción conceptual de desconcentración administrativa, ya que lo usual es que cuando se crea un órgano desconcentrado es precisamente para que éste ejerza un solo tipo de funciones: las que se transfieren de manera permanente, además en forma exclusiva y en algunos casos hasta excluyente. De ahí que resulte extraña, por no decir errónea, la versión normativa acerca de funciones no transferidas y transferidas en un proceso de desconcentración a los fines del ejercicio de la potestad jerárquica. En todo caso esa fórmula divisoria sólo resulta válida –insistimos– para el caso de que el servicio autónomo sin personalidad jurídica sea creado mediante la conversión de un órgano ministerial preexistente.

De otra parte, cabe advertir que la tendencia acerca del concepto relativo de jerarquía es válida en otros ordenamientos para las relaciones ordinarias entre órganos que integran una estructura jerárquica tradicional, mas no para un órgano desconcentrado, pues lo que debería privar es la ausencia de toda clase de jerarquía entre el Ministro y el servicio autónomo en lo tocante a las competencias transferidas en forma permanente y exclusiva, mediante la figura de la desconcentración, lo que significa la ausencia de jerarquía entre el Ministro y el servicio autónomo, la cual subsiste en otros aspectos, tal como los expusimos en el punto correspondiente.

El artículo 93 de la LOAP estatuye que los servicios autónomos sin personalidad jurídica tendrán un fondo separado, y que los ingresos provenientes de la prestación del servicio no forman parte del Tesoro Nacional, razón por la cual pueden ser afectados a los fines de cubrir los gastos que genera el cumplimiento del servicio; por lo tanto, tienen la libertad de afectar los ingresos producto de su gestión para atender los gastos derivados de dicha gestión, evitando de esa manera que se puedan confundir con la masa común de los recursos del Tesoro Nacional, es decir, rompiendo con el denominado principio de "Unidad del Tesoro",

lo que conduce a una mejor atención del servicio y en definitiva marca una tendencia hacia su autofinanciamiento.

Por supuesto que este dispositivo está vinculado con la autonomía de gestión o administrativa, que les confiere el artículo 93 ejusdem, cuyo grado, por disposición del artículo 94, numeral 3, de ese mismo texto legislativo debe quedar claramente especificado en el reglamento orgánico. O sea, que será el mencionado reglamento el instrumento que trazará el diseño organizativo del servicio, tanto en lo concerniente el mencionado grado de autonomía, como en lo concerniente a la determinación de las finalidades y la asignación de competencias, a la integración y fuentes ordinarias de ingresos, la especificación del destino que debe darse a los ingresos obtenidos en el correspondiente ejercicio, y el destino de los eventuales excedentes al finalizar dicho ejercicio fiscal. Y finalmente también deberá establecer la forma de designación de los titulares de esta clase de órganos, es decir, el encargado de la dirección y administración de los mismos, así como el rango de sus respectivos cargos.

Todos los anteriores parámetros normativos deben estar contenidos en el reglamento orgánico, mediante el cual se cree el servicio autónomo, de tal manera que priva el principio de la flexibilidad organizativa, pues tal como está concebida la norma, cada servicio tendrá una estructura organizativa diferente, adaptada a la naturaleza de la función que le corresponda desarrollar. Dicha flexibilidad organizativa apunta hacia la idea de optimizar el funcionamiento de estos órganos, superando de esa manera la tendencia predominante hasta ahora de crear una estructura uniforme mediante un reglamento único. En cambio, una vez sentados los lineamientos generales en la Ley, cada reglamento orgánico diseña un servicio autónomo a la medida de las finalidades y las competencias que se les son asignadas.

11.3.5.2.2.3. **Presupuesto y control.** Los servicios autónomos sin personalidad jurídica, de conformidad con el artículo 93 de la LOAP estarán dotados de **autonomía presupuestaria**, razón por la cual ten-

drán su propio presupuesto. Ahora bien, como afirmamos antes, la normativa del texto legislativo antes citado permite particularizar a cada servicio autónomo en función de sus finalidades, y precisamente una de las variables que posibilitan esa especie de diseño particularizado es la autonomía en sus diversas modalidades (presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión), pues si bien todos los órganos deben detentar las referidas modalidades, el elemento diferenciador radica en el **grado** con que ella se la confiere a cada uno; de allí pues, que será necesario examinar el correspondiente reglamento orgánico, para poder conocer el alcance de la autonomía otorgada al servicio autónomo sin personalidad jurídica estudiado.

Hay que advertir que en los reglamentos anteriores se establecían los lineamientos para la elaboración y presentación del presupuesto ante los órganos competentes del Ejecutivo Nacional. Suponemos que encontrándose vigente la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, regirán las normas de dicho texto legislativo, especialmente las contenidas en el capítulo denominado "Del Régimen Presupuestario de la República y de sus Entes Descentralizados Funcionalmente sin Fines Empresariales", en virtud de que debido al carácter de órganos desconcentrados y a la autonomía financiera que detentan en mayor o menor grado, según los casos, los servicios autónomos deben ser considerados "órganos de la República", en los términos previstos en el artículo 36 del citado texto legislativo, que prescribe "La Oficina Nacional de Presupuesto elaborará el proyecto de ley de presupuesto atendiendo a los anteproyectos **preparados por los órganos de la República** y los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales, y con los ajustes que resulte necesario introducir". Por supuesto, que previamente, tratándose de un órgano que forma parte de un Ministerio, deberá cumplir el procedimiento de elaboración previsto en los reglamentos.

Corresponde a las Contralorías Internas de los órganos en los cuales están integrados estos Servicios, ejercer el control previo y perceptivo de los negocios jurídicos que celebran, sin perjuicio del control posterior

que atribuye la Ley a la Contraloría General de la República. Demás está decir que al igual que cualquier otro órgano o ente de la Administración Pública Nacional, los Servicios Autónomos están sujetos al control que, de conformidad con el artículo 187, numeral 3, de la Constitución, ejerce el Poder Legislativo sobre dicha Administración. A ese tipo de control debe añadirse el control jerárquico que le corresponde ejercer al Ministro, al Viceministro o al Jefe de la Oficina Nacional, en los términos antes explicitados.

11.3.5.2.2.4. **Diferencias entre los Institutos Autónomos y los Servicios Autónomos sin Personalidad Jurídica.** Aunque los Institutos Autónomos serán estudiados en el tema correspondiente a la Administración Descentralizada funcionalmente, consideramos conveniente señalar sucintamente las diferencias más importantes que existen entre los Institutos Autónomos y los servicios autónomos sin personalidad jurídica, a saber:

a) Desde el punto de vista formal los Servicios Autónomos son órganos; por consiguiente, carecen de personalidad jurídica, y tanto sus actos como los efectos de los mismos, se imputan a la personalidad jurídica pública de la cual forman parte, esto es, a la República; en cambio, los Institutos Autónomos son entes , por tanto, poseen personalidad jurídica, también de derecho público, y los actos de sus órganos, así como los efectos de los mismos son imputados a dichos Institutos.

b) Los Servicios Autónomos son creados por un Decreto (reglamento orgánico) del Presidente de la República en Consejo de Ministros, en cambio, los Institutos Autónomos necesariamente deben ser creados por Ley, por formar parte, dicha creación, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 142 de la Constitución, de las materias de reserva legal.

c) Los Servicios Autónomos sin personalidad jurídica son órganos de la Administración Central, pues hace bastante tiempo fue superada la tesis que los incluía en la Administración Descentralizada; en cambio, no

existe ninguna duda acerca de la pertenencia de los Institutos Autónomos a la Administración Descentralizada funcionalmente, tal como se desprende del Título IV de la LOAP denominado "De la desconcentración y la descentralización funcional", del cual forman parte los artículos 95, 96, 97, 98 y 99 que regulan a los mencionados institutos.

d) Los Servicios Autónomos por ser parte integrante de un Ministerio o de una Oficina Nacional están sujetos al control jerárquico por parte del Ministro o del Viceministro o del Jefe de la Oficina correspondiente; en consecuencia, de conformidad con el artículo 95 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sus actos son susceptibles de ser impugnados por ante el Ministro, Viceministro o Jefe de Oficina respectivo, y accionados en amparo, conforme a lo previsto en el artículo 7º de la Ley Orgánica de Amparo; en cambio, los Institutos Autónomos por ser entes públicos, únicamente están sujetos al control de tutela por parte de los Ministerios de adscripción, y contra sus actos, salvo que la Ley disponga lo contrario, puede ejercerse el denominado recurso jerárquico impropio contemplado en el artículo 96, único aparte, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pudiendo ser accionados en amparo por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en un todo de acuerdo con el artículo 7º de la Ley Orgánica de Amparo.

e) Los Servicios Autónomos son suprimidos mediante la modificación del reglamento orgánico respectivo, desde luego, por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; en cambio, los Institutos Autónomos únicamente pueden ser suprimidos mediante Ley, o un Decreto ley conforme a lo preceptuado en los artículos 142, 236, numeral 8 de la Constitución, y 99 de la LOAP, el cual establece que la ley que suprima un instituto autónomo deberá establecer las reglas básicas de la disolución, así como las potestades necesarias para que el Ejecutivo Nacional proceda a su liquidación.

f) Los Servicios Autónomos, pese a que tienen autonomía de gestión, razón por la cual pueden invertir sus ingresos propios en la atención

de los gastos derivados de la prestación de los servicios, carecen de patrimonio; en cambio, los Institutos Autónomos tienen un patrimonio propio, por tanto, independiente del de la República.

g) Los Servicios Autónomos constituyen una expresión de la figura organizativa de la desconcentración administrativa; en cambio, los Institutos Autónomos lo son de la descentralización funcional o institucional. De otra parte, la LOAP impone que a corto o mediano plazo los primeros tiendan al autofinanciamiento, el cual, por el contrario, no constituye una finalidad esencial de los Institutos Autónomos.

11.4. **Los órganos contralores de la Administración Central.**

11.4.1. **Premisa introductoria**. Hay que comenzar señalando que la Ley Orgánica de la Contraloría que entró en vigencia en 1996, trazó los lineamientos generales de un sistema nacional de control, intentando superar de esa manera el método clásico de legalidad o regularidad contable, que en el caso venezolano comprendía el control previo presupuestario, el cual en el marco del nuevo sistema pasó a ser ejercido por la Administración . Ahora bien, pese a la voluntad del referido texto legislativo los avances hacia ese sistema nacional de control han sido muy lentos, e inclusive sigue pesando la connotación conceptual del método clásico. Tal vez por esa razón cuando se dicta la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAF) en el año 2000, a los fines de retomar la idea del sistema nacional de control de la Ley de Contraloría, la cual es recogida por primera vez en la Constitución de 1999 (art. 290), regula en forma bastante amplia el **sistema de control interno**.

Cabe advertir que la decisión recogida en la LOAF no hace más que responder a las nuevas tendencias en materia de control fiscal, las cuales postulan que el control interno, no resulta una actividad separada de la Administración, y que por el contrario, constituye una parte inescindible de la actividad administrativa, razón por la cual entra dentro de

las responsabilidades de una buena gerencia. Bajo esta perspectiva conceptual un sistema nacional de control requiere establecer la diferencia entre el sistema de control interno y el sistema de control externo, de tal manera que éste se encuentre lo más alejado posible de la coadministración, como ocurría, por ejemplo, con el denominado control previo presupuestario aludido anteriormente, que entraba en la esfera de competencia de la Contraloría General de la República.

Precisamente la LOAF establece dicha diferencia al estatuir que el "sistema de control interno" abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de programas y proyectos, y estará fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia (art. 132), e incluye elementos de control previo y control posterior, correspondiéndole los primeros, al parecer a la propia administración (control previo del compromiso y del gasto, control concomitante, control selectivo, inspecciones y fiscalizaciones, etc.), y el posterior a la **unidad de auditoria interna**, de tal manera que el mayor énfasis se coloca en el control posterior (auditoría interna, que en general puede ser financiera o de gestión). Por otra parte, tanto el control interno como la auditoría interna quedan bajo la supervisión de un órgano nacional denominado Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.

Es necesario advertir que la Asamblea Nacional aprobó en primera discusión el Proyecto de Ley Orgánica de Contraloría General de la República, con supresión o no de las unidades de auditoría Interna, en el cual pareciera que se tiende a desnaturalizar la concepción de control interno antes expuesta, en virtud de que se mantiene el criterio de que esas unidades de auditoría interna, son los órganos de control interno previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR) vigente, atribuyéndole funciones de control previo y control posterior, es decir, sin separar las actividades de control interno, inherentes a la función administrativa, razón por la cual se pueden presentar serias incompatibilidades entre la LOCGR y la LOAF, sobre todo en las

relaciones entre la Contraloría General de la República y la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en materia normativa y de dirección, por lo que se impone, atendiendo a la previsión sobre el Sistema Nacional de Control contenida en la Constitución, que se establezcan los mecanismos de coordinación entre ambos sistemas, teniendo siempre presente que la rectoría del aludido sistema nacional corresponde a la Contraloría General de la República, de tal modo que se entrelacen armoniosamente , con vista al fin unitario de lograr una administración de los recursos públicos transparente, respondiendo por la legalidad, corrección y regularidad de las operaciones referentes a los mismos, pero también por la eficiencia y eficacia de esas operaciones.

En todo caso sería fundamental que en la Ley quedaran los principios que deben orientar la coordinación de los dos sistemas, así como las potestades en las cuales se desagrega la rectoría por parte de la Contraloría General de la República, y en principio esa relación no debería ser de superioridad del control externo sobre el interno como aparece delineado en el Proyecto. Algunos sostienen que la rectoría debía expresarse en el establecimiento del sustrato normativo del sistema de control interno. En todo caso pese a los conflictos internormativos que puedan eventualmente presentarse entre ambos textos normativos, de llegar a aprobarse el proyecto de la LOCGR, sin modificaciones en los artículos que regulan los aspectos señalados, nos referiremos sucintamente a los órganos de control interno contemplados en la LOAF, esto es las unidades de auditoría interna y sobre todo a la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, pues un estudio exhaustivo de los mismos sólo cobrará sentido una vez sancionada la aludida Ley de la Contraloría y del Sistema Nacional de Control.

11.4.2. **Las unidades de auditoría interna.** De conformidad con el artículo 134 de la LOAF corresponde a la máxima autoridad de cada órgano o ente establecer y mantener un sistema de control interno adecuado a la naturaleza, estructura y fines de la organización. Esos sistemas deben incluir los elementos de control previo y posterior, y abarcarán

los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, así como la evaluación de los programas y proyectos, y deberán estar fundados en criterios de economía, eficiencia y eficacia. Pues bien, la Ley diferencia en el ámbito del control interno un conjunto de actividades que son atribuidas a las unidades de auditoria interna, a las cuales se les da el carácter de órganos del respectivo órgano complejo o ente público. Las mencionadas atribuciones de estas unidades se inscriben exclusivamente en el **examen posterior** "objetivo, sistemático y profesional de las actividades administrativas y financieras de cada ente u órgano, realizado con el fin de evaluarlas, verificarlas y elaborar el informe contentivo de las observaciones, conclusiones, recomendaciones y el correspondiente dictamen".

Por otra parte, el personal, funciones y actividades de estos órganos deben estar desvinculados de las operaciones sujetas a su control, lo que pareciera revelar, en primer lugar, una posición organizativa de estas unidades, totalmente independiente de las actividades que deben examinar, la cual deberá concretarse en el correspondiente reglamento, mediante la consagración de una especie de autonomía funcional, sin llegar a sacrificar la relación de jerarquía, en la materia estrictamente organizativa, que deberá configurarse con el Ministro o determinado Viceministro, en el caso de los Ministerios, y del máximo jerarca del correspondiente ente público.

Los titulares de los órganos de auditoría interna son seleccionados mediante concursos organizados conforme a las pautas previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República por un período determinado, disposición esta que supone un claro retroceso con relación al precepto contenido en la citada Ley, que consagra la carrera de los contralores internos, confiriéndoles de esa manera estabilidad en el cargo, lo que sin dudas constituye un elemento fundamental de la autonomía funcional que deben detentar estos órganos, además de una contradicción con el concepto mismo de control interno, que como expresamos antes resulta inherente a la actividad de los órganos

de administración activa. Por tanto, resulta poco útil, por decir lo menos, que los titulares de órganos tan importantes para garantizar la optimización y el saneamiento de la Administración Pública, tengan que estar sometidos a nuevos concursos cada cierto período. Lo que corresponde al jerarca es evaluar su eficiencia, eficacia, probidad, etc., pudiendo en cualquier tiempo abrírsele un expediente y proceder, si se demuestra que incurrió en una falta grave, a destituirlo. Hay que señalar que la Ley no aclara que tipo de concurso será el medio idóneo para la selección de los titulares de estos órganos, pero la interpretación de la norma en el contexto de los lineamientos constitucionales sobre esta materia, conducen a sostener que deben ser concursos de oposición. La Ley señala que del Jurado examinador será miembro nato un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.

En fin, hay que reconocer que la LOAF solamente contiene unos lineamientos generales sobre estos órganos, motivo por el cual será necesario esperar el desarrollo que deberá contener el correspondiente reglamento ejecutivo, pero sobre todo hay que esperar las regulaciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuyo proyecto ya fue aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional.

11.4.3. **La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.** Es el órgano rector del sistema de control interno, integrado a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, dotado de autonomía funcional y organizativa (art. 137 de la LOAF), cuya estructura organizativa será trazada en el reglamento ejecutivo. Sus atribuciones básicas están conectadas con los sectores en que la Ley divide el sistema de control interno, esto es, el control interno y la auditoría interna. En relación al primer sector le corresponde su supervisión, orientación y coordinación, y en relación al segundo su **dirección**, tanto de la Administración Central como de la Administración Descentralizada funcionalmente, siendo excluido expresamente, por el artículo 138 ejusdem, el Banco Central de Venezuela.

Pese a que la ley le confiere autonomía funcional y administrativa, se trata de una autonomía relativa, como ocurre con las unidades de auditoría interna de cada órgano, puesto que al estar la Superintendencia integrada a la Vicepresidencia Ejecutiva, es obvio que las relaciones entre el Vicepresidente y el Superintendente están presididas por el principio de jerarquía administrativa, aun cuando sea atenuada, lo que indudablemente desnaturaliza la concepción que priva doctrinaria y jusriprudencialmente sobre autonomía funcional, pues ella supone la exclusión de todo tipo de control por parte del Poder Ejecutivo, y la exclusión del órgano del cual se predica la autonomía de la estructura organizativa de otro órgano o ente. De allí pues, que pese a la letra de ley, la autonomía de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna sea bastante relativa.

Hay que destacar que la concepción de este órgano que aparece delineada en la Ley permite encuadrarlo dentro de la figura de las Oficinas Nacionales tipificadas en el artículo 75 de la LOAP, en lo tocante a su estructura administrativa, en virtud de que es el órgano rector del sistema de control interno, el cual comprende a los órganos propios de control interno y a las unidades de auditorías internas, todos los cuales dependen jerárquicamente del máximo jerarca del órgano o ente del cual formen parte, pero sobre ellos ejerce la Superintendencia funciones de orientación, supervisión, coordinación y dirección, de tal suerte que esos órganos, pese a estar integrados a los respectivos órganos y entes de los cuales forman parte, tienen una especie de dependencia funcional de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.

El artículo 139 de la LOAF enumera exhaustivamente las atribuciones de la Superitendencia Nacional de Auditoría Interna en trece numerales, destacándose entre ellas, por lo que respecta a las actividades de auditoría interna las contempladas en los numerales 3, 4, 6, 7,8 y 10. Por otra parte, está facultada para contratar estudios de consultoría y auditoría a consultores y auditores externos, para lo cual deberá fijar las pautas de realización de esos trabajos, y planificar y controlar la ejecu-

ción de los mismos, pues sólo de esa manera podrá asumir como suyos los mencionados estudios.

En el ejercicio de sus funciones la Superintendencia tiene la potestad de solicitar informaciones y documentos a cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, y está facultada para acceder directamente a esas informaciones y documentos en las intervenciones que practique. La ley obliga a las autoridades administrativas a atender los requerimientos del órgano bajo examen (art. 141).

El titular de la Superintendencia es designado por el Presidente de la República, pero deberá rendir cuenta de su gestión al propio Presidente y al Vicepresidente Ejecutivo. Además está obligado a informar al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo y al Ministro de Finanzas, sobre su gestión, así como de la gestión financiera y operativa de los órganos y entes que entran en su esfera de competencia; a la Contraloría General de la República sobre los asuntos de su competencia, en la forma y oportunidad en que el órgano contralor lo requiera; y a la opinión pública en los lapsos que fije el reglamento ejecutivo.

11.5. **Las administraciones o autoridades independientes (con autonomía funcional).**

11.5.1. **Los órganos con autonomía funcional en la Constitución de 1961.** Durante la vigencia de la Constitución de 1961 tanto la doctrina como la jurisprudencia derivaron del examen de la organización administrativa venezolana, la existencia de **órganos con autonomía funcional**, identificándolos como aquellos que gozaban de independencia en el ejercicio de sus funciones, puesto que no tenían ningún tipo de dependencia, ni jerárquica, ni de ninguna otra naturaleza con los órganos del Poder Público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en virtud de que su marco contralor estaba constituido por la Constitución y las leyes que los creaban y regulaban. Eran calificados como tales el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Consejo de la Judicatura, todos

de rango constitucional. A los mismos se agregaba, por obra de la ley, el extinto Consejo Supremo Electoral.

De modo, pues, que la variable fundamental sobre la cual giraba el concepto de órganos con autonomía funcional era la libertad de que disfrutaban en el ejercicio de sus funciones, es decir, sin ningún tipo de interferencia derivada de la relación instrumental con órgano alguno del Estado, o mejor aún, sin sujeción a ninguno de los tipos de controles administrativos conocidos legal y doctrinariamente (jerárquico y de tutela). No obstante, conviene reconocer que la doctrina y la jurisprudencia se conformaron con el trazado de esos pocos lineamientos conceptuales, sin llegar a mayores estudios sobre la naturaleza de estos órganos, la dimensión o grado de la autonomía concebida como instrumento básico para garantizar su libertad o independencia en el ejercicio de sus funciones, y en definitiva los otros elementos que contribuían a definir esta categoría de órganos.

Ha de advertirse que pese a esa falta de profundización en el estudio de estos órganos, en un determinado momento esa categoría conceptual jugó un papel relevante en la determinación de la aplicación de la nueva Ley sobre el Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios Públicos, que había sido sancionada en cumplimiento de una disposición contenida en la Enmienda N° 2 de la Constitución de 1983, con la finalidad de crear una disciplina tendencialmente unitaria en el sector público en materia de pensiones y jubilaciones. En efecto, en esa oportunidad la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, profirió sendos fallos, mediante los cuales excluyó del campo de aplicación del texto legislativo antes mencionado, a los funcionarios públicos que prestaban servicios en la Contraloría General de la República, en el Ministerio Público y en el extinto Consejo Supremo Electoral, sobre la base del argumento de que ellos no formaban parte ni de la Administración Central, ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, a los que textualmente aludía el referido texto legislativo, sino que constituían una especie de tercera rama denominada "Administración con autonomía funcional".

Pese a la falta de desarrollo teórico acerca de esta categoría de órganos, la independencia se manifestaba en la práctica, no sólo en materia de administración de personal, sino también en cuestiones de orden constitucional, como por ejemplo, la negativa del Fiscal General de la República a comparecer a interpelaciones por ante las Comisiones del Congreso durante el período 1994-1999. Ahora bien, la Constitución de 1999 mantiene todos los órganos mencionados, con excepción del Consejo de la Judicatura, y agrega otros muy importantes como la Defensoría del Pueblo, el Consejo Moral Republicano, el Tribunal Supremo de Justicia, en su rol administrador del Poder Judicial, y el Banco Central de Venezuela, pese a que detenta la categoría de ente; por lo tanto, pasamos a examinar sucintamente esta categoría orgánica, en el marco del derecho comparado, y desde la perspectiva de que dichos órganos realizan funciones administrativas en sentido sustantivo. Solamente nos limitaremos a estudiar las características de esta clase de órganos, pues excede los objetivos del presente trabajo, el análisis de cada uno de ellos, pues dada su importancia y las nuevas regulaciones constitucionales, un examen particularizado de los mismos, supondría la realización de sendos estudios monográficos.

11.5.2. **Marco conceptual.**

11.5.2.1. **La tesis que sirve de base a la consagración de las administraciones independientes.** Es preciso advertir que este tipo de órganos, los cuales inicialmente sólo tenían rango constitucional, pero que posteriormente van a tener su origen también en instrumentos de rango legal, evidencian una clara ruptura del modelo clásico, aún predominante en la mayoría de los países occidentales del sistema de organización administrativa que surge en el siglo XIX en Europa, el cual está presidido por el principio de que todo ente u órgano administrativo debe estar vinculado a un Ministerio (autoridad política), que a la vez responde ante el Parlamento. La aludida ruptura consiste en excluir, sobre la base de la naturaleza de las funciones que se les asignan y de la imparcialidad con que deben ser ejercidas, a estas administraciones de la esfera de

influencia política de los órganos del Poder Público, especialmente del Poder Ejecutivo. Surgen así en Europa órganos como el Consejo de Estado y las denominadas Cortes de Cuentas en el ordenamiento constitucional, y posteriormente órganos y entes creados mediante ley que actúan fundamentalmente en el sector económico.

11.5.2.2. **Definición.** Una definición tentativa en el marco del texto constitucional de 1999 podría ser del siguiente tenor: son órganos o entes creados por la Constitución que ejercen, entre otras, funciones de administración en sentido sustancial en sectores relevantes desde el punto social o económico, dotados de autonomía organizativa, contable y hasta financiera, provistos igualmente de autonomía funcional garantizada por la particularidad de la designación de sus titulares, por los requisitos subjetivos exigidos a sus titulares y por la duración del mandato de éstos.

11.5.2.3. **Análisis de la definición.** La definición propuesta tiene un carácter muy descriptivo, en virtud de que se articula en los elementos que en mayor o menor grado están presentes en los órganos y entes constitucionales que se inscriben en la categoría bajo examen, motivo por el cual pasamos a examinar cada uno de ellos:

a) **Integración por órganos y entes**. Tendencial y mayoritariamente estas administraciones independientes son creadas como órganos, y así había sucedido hasta la pérdida de vigencia de la Constitución de 1961, pero en la de 1999 se agrega el Banco Central de Venezuela, al cual se le confiere personalidad jurídica (ente). Es importante destacar que la nueva noción conceptual, a diferencia de la que parecía privar antes en Venezuela, no se construye sobre la diferenciación entre ente y órgano (sólo se predicaba la autonomía funcional de los órganos, y se excluía a los entes), sino que se monta sobre la base del criterio de independencia con que es revestida la administración. Por otra parte, es preciso reiterar que incluimos en esta categoría exclusivamente a las organizaciones creadas por la Constitución, pues es cierto que en varias leyes a determinados órganos se les otorga autonomía funcional, e inclusive otros tipos de autonomía, lo

que les permite ejercer sus competencias con un grado de libertad apreciable, pero es igualmente cierto que en todos los casos dichos órganos aparecen vinculados a un Ministerio. Una situación igual presentan todos los entes públicos, sujetos al control de adscripción; de allí la razón que en principio les impide formar parte de la categoría bajo examen.

b) **Necesidad de que ejerzan funciones de administración en sentido sustantivo**. Es necesario reconocer que los órganos y entes de rango constitucional que hemos decidido incluir en esta categoría de administraciones, ejercen otras funciones diferentes a las administrativas, pero las de esta última clase resultan muy significativas. Así, por ejemplo qué duda cabe de que la Asamblea Nacional es una autoridad independiente, y que realiza funciones administrativas, como por ejemplo destituir a un empleado, o declarar desierta una licitación, no obstante las mismas en el contexto de sus funciones legislativas y de control político, carecen de verdadera significación. En cambio, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Consejo Moral Republicano, el Tribunal Supremo de Justicia, como administrador del Poder Judicial a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el Consejo Nacional Electoral, el Banco Central de Venezuela, y todo indica que el organismo encargado de garantizar la libre competencia (actualmente Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia), conforme a lo preceptuado en la disposición transitoria decimoctava de la Constitución, sí ejercen funciones administrativas en sentido sustancial de carácter significativo, además de las de otra naturaleza que puedan realizar algunos de ellos, razón por la cual deben ser reputados como administraciones o autoridades independientes.

Por consiguiente, atendiendo a los criterios antes expuestos es posible concluir en que únicamente integran la categoría de las denominadas "administraciones independientes", aquellos órganos y entes, en principio de rango constitucional, que sean independientes de los otros órganos del Poder Público y que además ejerzan funciones administrativas en sentido sustancial no necesariamente de manera exclusiva, pero sí

que sean significativas en sectores relevantes constitucionalmente. Luego, no integran esta categoría, por ejemplo, órganos con clara relevancia constitucional como la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado y el Consejo Federal de Gobierno, porque sencillamente no son independientes del Poder Ejecutivo y de los otros Poderes. Por último, es indudable que los órganos y entes que hemos calificado como administraciones independientes ejercen funciones administrativas en sectores relevantes desde el punto de vista constitucional.

c) **La inexistencia de relación organizativa entre estos órganos y entes y otros órganos del Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), como base de su independencia**. Es necesario subrayar que no es la autonomía funcional, como sostenía la doctrina durante la vigencia de la Constitución de 1961, la variable básica que permite formular una construcción conceptual de esta categoría de administraciones, sino la ausencia de una relación organizativa, cualquiera que ella sea (jerárquica, funcional, tutela, etc.) entre cada una de ellas y cualquier otro órgano del Estado, independientemente del Poder al que pertenezca dicho órgano (Ejecutivo, Legislativo o Judicial). Desde luego que al no existir ese vínculo organizativo se desvanece la posibilidad de que los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial puedan ejercer control alguno sobre ellos.

Excepcionalmente la Constitución, en algunos casos, establece controles políticos puntuales que debe ejercer la Asamblea Nacional. En ese orden de ideas el órgano parlamentario deberá exigir un informe anual al Presidente del Consejo Moral Republicano y a cada uno de los titulares de los órganos que integran el Poder Ciudadano (Contralor General de la República, Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo), así mismo podrá requerirles informes en cualquier momento (art. 276); el Banco Central rendirá cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, así como informes periódicos sobre el comportamiento de las variables macroeconómicas del país (art. 319). Igualmente puede solicitar información al Tribunal Supremo de

Justicia en su rol de administrador del Poder Judicial (art. 187, num. 3 y 267). En cambio, existe una exclusión constitucional, derivada de la inexistencia de vínculos organizativos, con cualquier órgano del Poder Ejecutivo Nacional. De allí entonces la señalada independencia, pues en ese sentido las administraciones independientes están sujetas en su actuación únicamente a la Constitución y a las leyes.

d) **Diferencia entre independencia y autonomía funcional**. Es necesario subrayar, pese a que en Venezuela lo que ha privado es el concepto de autonomía funcional, que existe una neta diferencia entre la independencia de estas administraciones y su autonomía funcional, pues la primera, como hemos dicho, es la desvinculación, o la carencia de vínculos organizativos, y por ende, la ausencia de sujeción a cualquier control, especialmente del Poder Ejecutivo, así como del Poder Judicial y del Poder Legislativo, teniendo en cuenta las precisiones que hicimos sobre el control político que de manera excepcional éste puede ejercer. La segunda es la libertad que tiene la administración para actuar en su esfera de competencia delimitada constitucional o legalmente, y en realidad es una consecuencia de la independencia del órgano.

En efecto, un órgano administrativo puede tener una amplia autonomía funcional, inclusive aún en el caso de que con su actuación agote la vía administrativa, como por ejemplo la Dirección General de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura, pero no debe olvidarse que al integrar el referido Ministerio, está sujeto a una relación de jerarquía con el Ministro. Una situación similar ocurre con los Institutos Autónomos, los cuales para empezar tienen personalidad jurídica, razón por la cual detentan por definición autonomía funcional, pero al estar sujetos al control de tutela del Ministerio al cual están adscritos, resulta evidente que esa autonomía es significativamente distinta a la independencia, de la cual la autonomía funcional– insistimos– es un efecto que detentan los órganos y entes que integran la categoría bajo examen. De modo, pues, que no debe confundirse la autonomía funcional, con la independencia, pues la primera puede predicarse de muchos

órganos, cuando así lo disponga una norma jurídica, y en general de todos los entes que forman la Administración Descentralizada; en cambio en Venezuela, hasta ahora la independencia, en los términos expuestos, sólo ha sido consagrada a los órganos y entes constitucionales antes mencionados, lo que no obsta para que se reflexione acerca de la factibilidad constitucional de su consagración en un texto de rango legal, como ocurre en otros ordenamientos.

Esa diferencia aparece claramente establecida en el artículo 273 constitucional con relación al Poder Ciudadano, que prescribe "El Poder Ciudadano es **independiente** y sus órganos gozan de **autonomía funcional**, financiera y administrativa". En ese mismo orden de ideas el artículo 254 estatuye "El Poder judicial es **independiente** y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de **autonomía funcional**, financiera y administrativa". En cambio, el artículo 294 al referirse a los órganos electorales no sigue esa misma técnica, y refleja una especie de confusión al referirse a la independencia orgánica, cuando prescribe " Los órganos del Poder Electoral se rigen por los principios de **independencia orgánica**, autonomía funcional y presupuestaria".

11.5.2.3.1. **La autonomía organizativa, financiera, y contable (confusión entre autonomía administrativa y funcional).** La Constitución y las leyes que desarrollan las previsiones constitucionales suelen consagrar, a los fines de posibilitar que las administraciones independientes ejerzan sus funciones sin ningún tipo de limitaciones, además de la autonomía funcional, que como hemos dicho, es la consecuencia, de la nota de independencia, diversas modalidades de autonomía, y lógicamente en diversos grados, para cuya determinación resulta necesario examinar el correspondiente texto constitucional o legislativo, o ambos. En todo caso conviene recordar que la autonomía organizativa alude a la facultad de esas administraciones para crear, modificar y extinguir sus propios órganos y dependencias administrativas, así como para establecer sus competencias y delinear la disciplina relativa al personal, bienes y servicios; que la autonomía financiera alude a la facultad de percibir pro-

ventos de su propia actividad para administrarlos autónomamente, o cuando se reciben recursos de otros entes, son administrados por el órgano conforme a su propio presupuesto, el cual resulta distinto del presupuesto del Estado (autonomía presupuestaria); y que la autonomía contable, alude a la potestad de adoptar su propio sistema de contabilidad, derogando de esa manera el sistema general establecido por el Estado. Insistimos en que el tipo de autonomía, y el grado de la misma, sólo podrá conocerse acudiendo al examen de las correspondientes normas legales y constitucionales.

Lo que sí consideramos conveniente es intentar aclarar la confusión que suele presentarse en varias normas constitucionales y legales, al pretender establecer una diferencia entre autonomía funcional y autonomía administrativa, pues ya hemos dicho que la administración pública aparece funcionalizada, porque a diferencia de la administración privada, realiza actividades para tutelar intereses de terceros, es decir, de la comunidad, de los ciudadanos. O sea, que ejercer una función, por parte de un órgano administrativo, significa realizar las actividades –administrativas– derivadas de las competencias que les atribuye la Ley (principio de legalidad).

Por consiguiente, cuando esas actividades, traducidas finalmente en funciones, porque insistimos tienden a satisfacer necesidades colectivas, pueden ser realizadas dentro de la esfera legal de atribuciones del órgano, sin sujeciones o controles, se dice que el órgano tiene **autonomía funcional**, o lo que es lo mismo **autonomía administrativa**. Conviene recordar una vez planteada esta identificación terminológica, que la autonomía funcional –como expusimos precedentemente– difiere de un órgano administrativo que la tenga consagrada por Ley, de la misma autonomía funcional propia de las administraciones independientes.

De modo, pues, que constituye una redundancia atribuirle a un órgano autonomía funcional y autonomía administrativa, porque insistimos en que las actividades son las mismas funciones, en tanto y en cuan-

to tienden a tutelar los intereses de los ciudadanos, y no los de los titulares de la Administración. Ese error, en nuestro criterio, aparece reflejado en el artículo 254 de la Constitución, que otorga al Tribunal Supremo de Justicia autonomía funcional y administrativa, y en el artículo 273 ejusdem, que atribuye autonomía funcional y administrativa a los órganos del Poder Ciudadano. Es cierto podría llegarse a sostener, atendiendo a la naturaleza de estos órganos y entes, por vía de interpretación, que el constituyente pretendió referirse más bien a la autonomía organizativa, la cual sin dudas resulta necesaria para completar el diseño de la nota de independencia de estos órganos.

11.5.2.3.2. **La garantía de independencia derivada de la designación de los titulares de las administraciones independientes, de la duración del mandato y de los requisitos subjetivos exigidos.** A los efectos de consagrar efectivamente la independencia de estas organizaciones, las normas que las regulan suelen excluir del ámbito competencial del Poder Ejecutivo (gobierno) la potestad de designar a sus titulares, o en algunos casos, se limitan a restringirla. Así por ejemplo, los titulares de los órganos del Poder Ciudadano son designados por la Asamblea Nacional, mediante un procedimiento que incluye la participación de la sociedad civil; igualmente ocurre con el Consejo Nacional Electoral, y con los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela, los cuales si bien son designados por la Asamblea Nacional, un número de ellos es propuesto por el Presidente de la República, y los restantes por la propia Asamblea Nacional, por lo que en este caso en lugar de una exclusión, lo que existe es una limitación.

En ese orden de razonamiento las normas también suelen establecer determinados requisitos subjetivos que deben reunir los candidatos a integrar esos órganos, de tal manera que dichos requisitos constituyen limitaciones derivadas para acceder a la titularidad de las administraciones independientes, todas las cuales obedecen a la necesidad de que ellas jueguen un papel relevante en la independencia con que debe actuar el

órgano o ente. Así por ejemplo, a los integrantes del Directorio del Consejo Nacional Electoral, se les exige, en primer lugar, no estar vinculados a organizaciones con fines políticos, de los cuales tres deberán ser postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas de las Universidades Nacionales, y otro por el Poder Ciudadano. Estas normas parten del supuesto de que las condiciones exigidas a los candidatos, así como el origen del sector de donde provienen, o son postulados, contribuyen a afianzar la referida independencia del órgano o ente.

Por otra parte, apuntando en la misma dirección de garantizar independencia de estos órganos y entes, las normas establecen reglas que consagran un lapso de mandato suficiente para que sus titulares tengan el tiempo necesario para puedan cumplir sus funciones sin temor a ser removidos discrecionalmente por un órgano del Poder Público, lo que obviamente no excluye su destitución o separación del cargo, si incurren en faltas graves tipificadas legalmente. Así por ejemplo, los titulares de los órganos del Poder Ciudadano duran siete años en sus funciones, igual tiempo duran los miembros del Directorio del Consejo Nacional Electoral, y doce años los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

Igualmente en aras de preservar esa independencia las normas pueden establecer la prohibición de redesignación o reelección de los titulares. Con esas disposiciones, dada la suficiencia del lapso de mandato para realizar una labor eficiente y profesional, se pretende evitar que en la búsqueda de la redesignación o reelección, transiten caminos, u ocurran a métodos que comporten sacrificios a su independencia, como ocurre con los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, o de la Defensoría del Pueblo, los cuales una vez vencido su período quedan inhabilitados para ser reelegidos o redesignados. No ocurre lo mismo para el caso del Fiscal y del Contralor General de la República, sobre los cuales no existe en el texto constitucional ninguna prohibición en ese sentido.

Los poderes que en el ámbito administrativo ejercen estas administraciones varían, algunos son administrativos en sentido estricto, como formular el presupuesto, o promover una licitación, en el caso del Tribunal Supremo de Justicia, en su rol de administrador del Poder Judicial, o de inspección e investigación, como en el caso de la Contraloría General de la República, y el Consejo Moral Republicano. Por tanto, la determinación de las funciones administrativas desde el punto de vista sustancial que corresponde realizar a estos órganos y entes, requiere un examen riguroso de sus normas atributivas de competencias, pues como hemos dicho algunos de ellos detentan competencias diferentes a las administrativas en el sentido antes indicado. Esa determinación resulta además básica a los fines de la eventual impugnación de los actos que resultan del ejercicio de esas funciones, sobre todo en la escogencia del órgano jurisdiccional competente.

Finalmente, estimamos que se impone un estudio exhaustivo, en el marco del ordenamiento constitucional y del derecho comparado, para determinar , en primer término, si efectivamente, como proponemos nosotros, es posible ubicar a todos los órganos y entes antes identificados, como administraciones independientes, superando de esa manera la tesis de los "órganos con autonomía funcional", y en segundo término, para esclarecer si es posible crear nuevos órganos o entes independientes, mediante ley, en sectores tan relevantes como la economía (bolsas de valores, libre competencia, propiedad intelectual), comunicaciones, seguridad social, etc.

11.6. **La Administración Regional.**

11.6.1. **Breves notas sobre la regionalización en Venezuela.** En realidad nos referiremos muy brevemente a este tema, porque todavía figura en el programa de Administrativo I, y porque los términos regionalización, región y administración regional se continúan utilizando sin mayores precisiones conceptuales. Por tanto, dada la finalidad didáctica de la obra, proporcionaremos una información sucinta que permita

aclarar dudas que pueden surgir del referido uso, inclusive en sectores académicos. En ese orden de ideas, cabe subrayar que ya antes de iniciarse el proceso de descentralización en 1989, mediante la transferencia de competencias y servicios a los Estados, la importancia de la regionalización o de la "Administración regional" era reducidísima, y por supuesto que con el inicio de la profundización de dicho proceso mediante la aplicación de las normas de la Constitución de 1999, que como se sabe erige a Venezuela en un Estado Federal **descentralizado**, dicha importancia resulta prácticamente inexistente.

Pues bien, antes de entrar a abordar el asunto delimitado en los términos antes expuestos, conviene recordar que la regionalización está estrechamente vinculada con un tema fundamental del Derecho Constitucional: Las formas de los Estados. Al respecto la doctrina constitucional distingue entre el Estado Unitario y el Estado Compuesto. El primero, según LAVAGNA (1976), está "constituido por un sólo pueblo, un sólo territorio, un sólo ordenamiento, absolutamente inseparables; de manera que la soberanía resulta también indivisible desde el punto de vista subjetivo y objetivo". En otros términos, el Estado Unitario concentra en un único ente la potestad sobre todo el territorio nacional, sin ningún tipo de divisiones internas, salvo aquéllas de naturaleza administrativa. También ha sido denominado **simple** para evidenciar que su estructura es dada por un sólo ordenamiento jurídico, en el cual la potestad de imperio es atribuida a una única organización gubernativa.

El Estado Compuesto, es aquél formado por varios Estados unitarios, que entran a formar parte de una organización más amplia que también aparece configurada como Estado. Sostiene el autor italiano antes citado que este último tendría como pueblo y territorio, los pueblos y territorios de los Estados que lo integran, y al mismo tiempo tendría un gobierno propio y un propio ordenamiento, distintos (al menos en parte) de los gobiernos y los ordenamientos de cada uno de los Estados, y supraordenados a aquellos. El ejemplo típico de Estado Compuesto es el Estado Federal, pudiéndose citar como paradigmas emblemáticos del mismo, los Estados Unidos de América y Alemania, entre otros.

De otra parte, algunos autores han pretendido ver en el denominado **Estado Regional o a base Regional** una forma de Estado intermedia entre las dos citadas anteriormente. Sin embargo, la doctrina mayoritaria postula que el Estado Regional no es más que un Estado Unitario, con las siguientes particularidades: a) Existencia en el ámbito estatal de entes territoriales, llamados "regiones"; b) Dichos entes presentan una estructura por regla general pautada en la Constitución y; c) Están dotados de autonomía, la cual les permite legislar, en modo exclusivo o concurrente, con el Estado, y administrar determinadas materias. En suma, las regiones son entes constituidos por un territorio, una población, dotados de personalidad jurídica, los cuales configuran un Estado Unitario con una estructura administrativa descentralizada.

La forma del Estado venezolano aparece delineada en el artículo 4 de la Carta Magna como un "Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución". No es el caso entrar a examinar dichos términos, pero lo cierto es que el proceso de descentralización que se inició en 1989, y que necesariamente deberá profundizarse y perfeccionarse con la aplicación de los dispositivos pertinentes de la Constitución de 1999, deberá conducir a puntualizar las líneas maestras que caracterizan a este tipo de Estados, y por ende, acercarlo más al modelo teórico. Una de las disposiciones que reflejan esa forma de Estado está contenida en el artículo 159 ejusdem, pues en el mismo se alude a los Estados, calificándolos de entidades autónomas, e iguales en lo político, lo que revela el carácter de Estado miembro; por tanto, aún con las imperfecciones que pueda presentar la forma federal del Estado venezolano, en teoría se dificulta muchísimo compatibilizarla con la existencia de los entes territoriales denominados "regiones", porque éstas no figuran en la Constitución, y no pueden figurar precisamente por la forma de Estado delineada en el artículo 4 constitucional.

11.6.2. **Diferencia entre Administración Regional y "regionalización administrativa".** Es necesario destacar que existe una diferencia significativa entre la Administración Regional, entendida ésta como

el conjunto de órganos encargados de llevar a cabo los cometidos estatales en la jurisdicción territorial de una Región, la cual como dijimos precedentemente, es un ente territorial dotado de personalidad jurídica, y de autonomía administrativa, lo que le permite darse sus propias autoridades mediante elección, así como de autonomía normativa, y la "regionalización administrativa" que a partir de 1969 se intentó instaurar en Venezuela, mediante el Decreto Nº 72 del Presidente de la República, pues con él no se pretendía, ni tampoco se podían crear entes públicos territoriales, sino más bien uniformar y optimizar las actividades desarrolladas por los diversos órganos y entes, de la Administración Nacional (Central y Descentralizada), en espacios territoriales constituidos las más de las veces por más de un Estado. Reiteramos que tuvo su origen en la necesidad de racionalizar y en definitiva coordinar las actividades administrativas que desarrollaban los referidos órganos y entes nacionales en los Estados, las cuales la mayoría de las veces se realizaban en forma anárquica.

Esta situación se pretendió superar mediante la figura organizativa de la desconcentración regional, pues a través de instrumentos normativos de rango sublegal se transferían competencias a las Direcciones y Delegaciones de los Ministerios y de los Institutos Autónomos, además de que resultaba privilegiada la figura de la coordinación, pues se designaba a un órgano con tal finalidad, de manera tal que las actividades de la Administración Central se articulaban en planes definidos y elaborados en órganos colegiados, de los cuales formaban parte tanto los órganos nacionales, como los estadales y municipales de la respectiva región. En suma, aunque la denominación pueda originar confusión debe quedar claro que la "regionalización administrativa" venezolana, ya inexistente, aludía desde el punto de vista teórico a un proceso de desconcentración de funciones en grandes ámbitos territoriales denominados regiones, las cuales respondían más un concepto geográfico que jurídico, que como hemos visto es totalmente diferente a las "regiones" concebidas como entes fundamentales sobre los cuales se articulan Estados Regionales o a base regional.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE LABARCA, N. "Consideraciones Generales sobre la Regionalización en Venezuela"**.** En ***Estudios sobre la Constitución***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. ***Gaceta Constituyente (Diario de Debates***. Octubre-noviembre 1999. Noviembre 1999-enero 2000). Caracas, 2000.

ASAMBLEA NACIONAL. ***Diario de Debates correspondiente a la sesión en que produjo la segunda discusión del Proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública***. (mimeografiado). Caracas, 23 de agosto de 2001.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. ***Organización Administrativa.*** Tecnos. Madrid, 1984.

BACHELET, VlTTORIO. ***Profili Giuridici della Organizzazione Amministrativa***. Giuffré. Milano, 1965.

BARCELONA LLOP, JAVIER. "Principio de Legalidad y Organización Administrativa". ***En el libro Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Vol. III.*** Civitas. Madrid, 1991

BREWER, A Y N. IZQUIERDO. ***Estudios sobre Regionalización Administrativa en Venezuela***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1977.

BREWER, ALLAN. "Principios Generales de la Organización de la Administración Central, con particular referencia a la Administración Ministerial". En ***Revista de Derecho Público Nº 2***, abril-junio 1980. Caracas, 1980.

CASSESE, SABINO. ***Trattato di Diritto Amministrativo. Tomo Primo***. Giuffré. Milano, 2000.

CARINGELLA, F., L. DELPINO Y OTROS. ***Diritto Amministrativo***. Simone. Napoli, 2001.

CARLASARE, LORENZA. "Ministeri". En ***Enciclopedia del Diritto XXVI***. Giuffré. Milano, 1976.

CASETTA, ELIO. ***Manuale di Diritttto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

CERULLI, VINCENZO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Giapichelli. Torino, 1997.

CIAURRO, GIAN. "Ministro". En ***Enciclopedia del Diritto***. Giuffré. Milano, 1976.

COSCULLUELA MONTANER, LUIS. ***Manual de Derecho Administrativo***. Civitas. Madrid, 1993.

DIEZ PICAZO, LUIS. ***Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho***. Ariel. Barcelona, 1973.

D'AGOSTINO, FILORETO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

GALLI, ROCCO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Cedam, Padova, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. ***Curso de Derecho Administrativo***. Civitas. Madrid, 1998.

GARCÍA TREVIJANO FOS, JOSÉ. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

GIANNINI, MASSIMO. ***Il Pubblico Potere, Stati e Amministrazioni Pubbliche***. Il Mulino, Bologna, 1986.

GIANNINI, M. y T. BARBARA. "La amministrazione per servizi". ***En el libro L'Amministrazione Pubblica in Italia***. Giuffré. Milano, 1974.

LANDI G. y G. POTENZA. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1974.

LÁRES MARTÍNEZ, ELOY. ***Manual de Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001. Décima segunda edición.

__________. "Los Ministros". ***En Estudios sobre la Constitución***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979.

LAVAGNA, CARLO. ***Istituzioni di Diritto Pubblico***. UTEH . Torino, 1976.

MARIONGIU, G. ***Il riordinamiento della Amministrazione Pubblica***. Giuffré. Milano, 1974

MARIENHOFF, MIGUEL. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1964.

MAZZAROLLI, L, G. PERICU Y OTROS. ***Diritto Amministrativo I***. Monduzzi. Bologna, 1993.

MERLÍN, DI STEFANO. "Il Governo". ***En el Libro Manuale di Diritto Pubblico***. Il Mulino, Bologna, 1994.

MOLES CAUBET, ANTONIO. ***Estudios de Derecho Público***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1997.

MOREL OCAÑA, LUIS. ***Curso de Derecho Administrativo***. Aranzadi. Pamplona, 1998.

MORTATI, COSTANTINO. ***Istituzioni di Diritto Pubblico***. Cedam. Padova, 1976.

PAREJO L., A. JIMÉNEZ y L. ORTEGA. ***Manual de Derecho Administrativo***. Ariel. Barcelona, 1992.

PALEOLOGO, GIOVANNI. "Organizzazione Amministrativa". ***En Enciclopedia del Diritto***. Giuffré. Milano, 1981..

PARADA, RAMON. ***Derecho Administrativo II***. Marcial Pons. Madrid, 1997.

PASSARO, M. ***Le Amministrazioni Independenti***. Giapichelli. Torino, 1997.

ROMANELLI GRIMALDI, C. ***I ministri senza portafoglio nell' ordinamento giuridico italiano***. Cedam. Padova, 1974.

RONDÓN DE SANSÓ, H. ***Teoría General de la Actividad Administrativa***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981.

SAITA, N. ***Premesse per uno studio delle norme di organizzazione***. Giuffré. Milano, 1965.

SANDULLI, ALDO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Editorial Jovene Editore. Napoli, 1974.

SANDULLI, A. "Governo e Amministrazione". ***En Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*****.** Fascicolo 2. 1966. Milano, 1966.

SANTAMARÍA, JUAN. ***Fundamentos de Derecho Administrativo***. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 1991.

SAYAGUES LASO, ENRIQUE. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Edición del autor. Montevideo, 1963.

SCOTTO, IGNACIO. ***Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1998.

SEPE, ONORATO. "Ministeri". ***En Enciclopedia del Diritto XXVI.*** Giuffré. Milano, 1976.

STIPO, M. "Ministero. Profili generali". ***En Enciclopedia Giuridica II***. Ist. Enc. It. Roma, 1990

